

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**Influencia del matrimonio en la capacidad de obrar de los
cónyuges después de la reforma del Código Civil de 2 de
mayo de 1975**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

María de los Desamparados Núñez Boluda

Madrid, 2015

Rd 54.460

Trabajo de Tesis para
Doctorado en Derecho.

TE
1850

INFLUENCIA DEL MATRIMONIO EN LA
CAPACIDAD DE OBRAR DE LOS CONYUU
GES DESPUES DE LA REFORMA DEL -
CODIGO CIVIL DE 2 DE MAYO 1975.

Ma de los Desamparados Núñez Boluda

Madrid 1977

INDICE DE LOS DOS TOMOS

INFLUENCIA DEL MATRIMONIO EN
LA CAPACIDAD DE OBRAR DE LOS CONYUGES DESPUES DE
LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL DE 2 DE MAYO DE 1.975.

PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

1.- Interés del tema.....	pág. 1
2.- Sentido usual de la capacidad de obrar- en los cónyuges.....	" 2
3.- Contenido o materia de este trabajo....	" 4

CAPITULO I

EXPOSICION DEL TEMA. IDEAS GENERALES.

1.- Breve indicación de la materia según la normativa anterior a la Ley de 2 de Ma- yo de 1.975.....	" 7
2.- Ideas fundamentales de la reforma de - 1.975.....	" 11
3.- Ambito temporal de la reforma.....	" 14
4.- Ambito territorial de la reforma.....	" 21
5.- Algunas indicaciones críticas sobre la- reforma.....	" 24
Notas al capítulo I.....	" 27

CAPITULO II

EFFECTOS DEL MATRIMONIO QUE SIGNIFICAN AMPLIACION DE LA CAPACIDAD DE OBRAR Y SON COMUNES A AMBOS CONYUGES.

A) Adopción.....	pág. 30
B) Recíproca comunicación de honores.....	" 31
C) Emancipación.....	" 33
1.- Requisitos para que se produzca.....	" 34
2.- El consentimiento complementario de su capacidad.....	" 36
2,1.- Su naturaleza y caracteres.....	" 37
2,2.- Manera de ser prestado.....	" 39
2,3.- Efectos de la falta de consentimiento....	" 43
2,4.- Personas que han de prestar el consentimiento.....	" 51
3.- Actos para los que el emancipado necesita <u>con</u> consentimiento.....	" 61
3,1.- Mayor de dieciocho años que ha contraído matrimonio con licencia de las personas - que deban otorgarla.....	" 61
3,1,1.- Regla general de capacidad.....	" 62
3,1,2.- En la esfera personal.....	" 64
3,1,3.- En la esfera patrimonial.....	" 75

3,2.- Menor de dieciocho años que ha contraído matrimonio con licencia de las personas- que deban otorgarla.....	pág. 105
3,2,1.- Regla general de capacidad.....	" 105
3,2,2.- En la esfera personal.....	" 106
3,2,3.- En la esfera patrimonial.....	" 107
3,3.- Menores de edad que contraen matrimonio- sin licencia.....	" 107
Notas al capítulo II.....	" 133

CAPITULO III

EFFECTOS DEL MATRIMONIO QUE SIGNIFICAN RESTRICCION Y SON COMUNES A AMBOS CONYUGES.....	" 145
A) Restricciones nacidas de la voluntad de los cónyuges manifestada en capitulaciones matrimo- niales.....	" 148
B) Restricciones nacidas directamente de la - Ley.....	" 176
1.- La sanción que en algunos casos existe de separación impuesta de bienes.....	" 176
2.- Separación de bienes como consecuencia de la separación judicial de personas.	" 181
3.- Ninguno de los cónyuges puede fijar - unilateralmente su domicilio.....	" 188
4.- Ninguno de los cónyuges puede obrar en contra del interés de la familia,y ambos	

se deben respeto y protección recíprocos.	pág. 205
5.- Cada cónyuge queda sujeto a lo que el otro hace en ejercicio de la "potestad de la llave".....	" 225
6.- Limitaciones producidas al ser admitida la demanda de nulidad o de separación del matrimonio.....	" 253
7.- Ningún cónyuge puede sin consentimiento -- del otro legitimar hijos por concesión -- real.....	" 266
8.- Ningún cónyuge puede adoptar sin consentimiento del otro.....	" 279
9.- Los cónyuges no pueden celebrar entre sí -- algunos contratos.....	" 292
a) Donaciones entre cónyuges.....	" 296
1.- Textos legales.....	" 296
2.- Fundamento.....	" 296
3.- Contratos comprendidos en la prohibición.....	" 298
4.- Efectos de la prohibición. Nulidad....	" 307
b) Compraventas entre cónyuges.....	" 312
1.- Textos legales.....	" 312
2.- Fundamento.....	" 312
3.- Contratos comprendidos en la prohibición.....	" 312

ción.....	pág. 316
4.- Efectos de la prohibición. Nulidad.....	" 321
c) Sociedades entre cónyuges.....	" 322
1.- Textos legales.....	" 322
2.- Fundamento.....	" 322
3.- Contratos comprendidos en la prohibición..	" 323
4.- Efectos de la prohibición. Nulidad.....	" 334
d) La prohibición, hoy derogada, de alterar el ré- gimen económico matrimonial mediante contrato- posterior.....	" 335
1.- Textos legales y fundamento.....	" 335
2.- Capacidad.....	" 338
3.- Alteraciones que pueden y no pueden ser - efectuadas.....	" 353
A) Se pretende pactar el régimen de separa- ción.....	" 355
B) Se pretende pactar un régimen de comuni- dad relativa, especialmente de ganancia les.....	" 370
C) Se pretende pactar un régimen de comuni- dad absoluta.....	" 372
D) Se pretende pactar varios regímenes....	" 374
E) Otros posibles pactos.....	" 379
4.- Efectos de los pactos no permitidos.....	" 382
10.- Otras supuestas restricciones comunes.....	" 384

Notas al capítulo III.....	pág. 398
----------------------------	----------

CAPITULO IV

EFFECTOS DEL MATRIMONIO QUE AFECTAN SOLAMENTE AL MARIDO

Administración de los bienes de la sociedad con yugal.....	" 7
1.- Significación general del precepto.....	" 7
2.- Administración respecto a los bienes para-- fernales.....	" 15
3.- Administración respecto a los bienes dota-- les.....	" 23
3,1.- En cuanto a la administración de la - dote inestimada.....	" 26
3,2.- En cuanto al usufructo de la dote ines- timada.....	" 33
4.- Administración en cuanto a los bienes ganan- ciales.....	" 38
4,1.- En cuanto a la administración.....	" 38
4,2.- En cuanto a la disposición.....	" 46
4,2,1.- Disposición de bienes muebles.....	" 50
A) Disposición de bienes muebles a título gratuito.....	" 50

B) Disposición de bienes muebles a título oneroso.....	pág. 59
4,2,2.- Disposición de inmuebles y establecimientos mercantiles.....	" 71
A) Disposición a título gratuito de inmuebles y establecimientos mercantiles...	" 71
B) Disposición a título oneroso de inmuebles y establecimientos mercantiles...	" 72
a') ¿Que se entiende por inmuebles y establecimientos mercantiles?.....	" 76
b') ¿Que actos necesitan del consentimiento de la mujer?.....	" 77
c') El consentimiento de la mujer.....	" 83
1) Naturaleza.....	" 83
2) Caracteres.....	" 86
3) Capacidad.....	" 90
4) Forma.....	" 92
d') Validez de los actos realizados por el marido sin consentimiento de su esposa.....	" 94
4,2,3.- Actos de disposición en contravención -- del Código o en fraude de la mujer.....	" 108
- Actos realizados en contravención - del C.c.....	" 111

- Actos realizados en fraude de la mujer..	pág. 116
Notas al Capítulo IV.....	" 126

CAPITULO V

EFFECTOS DEL MATRIMONIO QUE AFECTAN SOLAMENTE A LA MUJER.

1) Efectos relativos a la nacionalidad y a la vecindad civil de la mujer casada.....	" 142
1,1.- Supresión del principio de la unidad de la familia en orden a la nacionali dad.....	" 145
1,2.- Mantenimiento del principio de la uni dad de la familia en orden a la vecin dad civil.....	" 151
2) Efecto relativos a las facultades de la mu jer en cuanto a sus bienes propios.....	" 158
2,1.- En cuanto a sus bienes parafernales..	" 158
2,2.- En cuanto a bienes dotales.....	" 171
- Régimen del artículo 1361.	
a) Capacidad.....	" 176
b) Clase de bienes.....	" 179
c) El consentimiento del marido.....	" 184
3) Efectos relativos a las facultades de la mu jer en cuanto a los bienes gananciales.....	" 189

3,1.- Facultades de la mujer respecto a los bienes gananciales en las situaciones normales del matrimonio.....	pág.	191
3,1,1.- Actos de administración.....	"	192
a) La administración de los frutos - de los parafernales no entregados...	"	194
b) El ejercicio de una profesión....	"	203
c) La mujer socio de una sociedad -- mercantil.....	"	206
d) La mujer casada cooperativista...	"	209
3,1,2.- Actos de obligación.....	"	211
A) El consentimiento es necesario para la validez del acto. La falta de consentimiento produce la <u>nul</u> idad de pleno derecho.....	"	214
B) El consentimiento del marido es - necesario para la validez del acto o contrato obligatorio, pero - su falta no produce la nulidad, - sino solo la <u>an</u> ulabilidad.....	"	216
C) El consentimiento no es necesario para la validez del acto o <u>contra</u> to obligacional, solamente lo será para que las responsabilidad del -		

mismo pueda recaer sobre bienes gananciales.....	pág. 219
3,1,3.- Actos de disposición.....	" 237
A) A título gratuito.....	" 238
B) A título oneroso.....	" 239
a) Disposición de inmuebles.....	" 239
b) Disposición de muebles.....	" 245
3,1,4.- Actos de adquisición.....	" 252
A) Si la mujer casada puede o no efectuar adquisiciones de caracter ganancial.....	" 255
a) El pago del precio aplazado.....	" 271
b) La responsabilidad de los gananciales por el precio pendiente de pago.....	" 274
B) Naturaleza de la adquisición efectuada por la mujer.....	" 283
a) Compras al contado.....	" 284
b) Compras con precio aplazado.....	" 287
C) Efectos que se producen por la adquisición en cuanto al patrimonio ganancial.....	" 296
3,2.- Facultades de la mujer respecto a los bienes gananciales en las situaciones -	

	anormales del matrimonio.....	pág. 301
3,2,1.-	Transferencia voluntaria de administra- ción a la mujer.....	" 301
3,2,2.-	Transferencia legal de la administración- a la mujer.....	" 304
	a) Transferencia por ministerio de la -- ley.....	" 305
	b) Casos en que se transfiere la adminis- tración a la mujer de los bienes del matri- monio por resolución judicial.....	" 310
4.-	Breve indicación sobre la desaparecida li- cencia marital.....	" 327
4,1.-	Concepto.....	" 327
4,2.-	Fundamento.....	" 328
4,3.-	Derecho vigente después de la Reforma del C.c. de 2 de Mayo de 1975.....	" 345
4,4.-	Forma de concesión de la licencia marital.	" 355
4,5.-	Valor de los actos realizados sin licen- cia marital.....	" 364
	Notas al Capítulo.V.....	" 369
	CONSIDERACIONES FINALES.....	" 394

INFLUENCIA DEL MATRIMONIO
EN LA
CAPACIDAD DE OBRAR DE LOS CONYUGES
DESPUES DE LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL
DE 2 DE MAYO DE 1975

TOMO I

INFLUENCIA DEL MATRIMONIO EN
LA CAPACIDAD DE OBRAR DE LOS CONYUGES DESPUES DE
LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL DE 2 DE MAYO DE 1975.

PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

1.- Interés del Tema.

Uno de los temas jurídicos que más problemas ha producido ha sido el de la capacidad de los cónyuges para celebrar actos jurídicos, especialmente la capacidad de la mujer casada, ya que según el entendimiento usual de la cuestión, el matrimonio producía la jefatura del marido y el correlativo sometimiento de la mujer, lo que llevado desde la esfera personal a la jurídica originaba la afirmación de que el hombre casado era plenamente capaz y la mujer no, por estar necesitada de la licencia de su marido para efectuar en general actos jurídicos.

La reforma que el Código civil ha sufrido por la Ley de 2 de Mayo de 1975 se presenta como derogadora de esa anterior situación de sometimiento y de incapacidad de la mujer, y proclama una equiparación jurídica entre marido y mujer, al menos en muchos de los preceptos reformados, equiparación que se hace sobre la afirmación gene

ral de que el matrimonio no produce restricción de la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges.

Interesa por ello hacer un examen de esta reforma, y de su alcance.

La materia tiene interés por sí misma, como la tiene todo lo relacionado con la capacidad de las personas. Tanto más cuanto que las personas casadas forman el mayor número dentro de la llamada población activa de un país, es decir, dentro de las personas dedicadas a la producción y al trabajo. - Las personas que en el tráfico otorgan actos o negocios jurídicos son con mucha más frecuencia casados que de otro estado civil.

Interesa, pues, conocer el alcance de la reforma del Código, y examinar si han desaparecido todas las restricciones que en otro tiempo existían para la mujer casada ; y aún mejor examinar qué efectos produce el matrimonio en cuanto a la capacidad de obrar de los cónyuges, sea en cuanto al marido, sea en cuanto a la mujer.

2.- Sentido usual de la capacidad de obrar en los cónyuges.

Al llegar a este punto se hace precisa una aclaración.

ración. Acabo de referirme a la capacidad de obrar de la mujer casada, a la capacidad de obrar de los cónyuges. Al emplear estas expresiones, que se repetirán infinidad de veces a lo largo del trabajo, sigo la costumbre sobre la materia. Tradicionalmente se ha venido hablando de esta capacidad, y la propia Ley de reforma en su Exposición de Motivos, también lo hace ; su apartado III empieza con esta frase "La reforma del régimen jurídico de la capacidad de obrar de la mujer casada ha exigido..."

En su momento oportuno haré algunas indicaciones sobre esta supuesta incapacidad de la mujer casada, y cómo la doctrina patria rechazó tal calificativo y entendió que la mujer casada no estaba sujeta a incapacidad sino a limitaciones, restricciones o prohibiciones. No se me oculta esa distinción, como tampoco la de diferenciar los problemas de capacidad de los problemas de poder dispositivo, concepto éste último ligado a la titularidad y que se predica de una cosa o derecho, con independencia de la aptitud que el sujeto tenga para realizar actos jurídicos válidamente.

Pero en el uso se suele hablar de capacidad de obrar para expresar lo que se puede hacer válida-

mente, englobando en esa expresión tanto la restricción que sean estrictamente de capacidad, como las que provengan de prohibiciones legales, como incluso muchas otras en las que simplemente hay una falta de legitimación, aún siendo la persona plenamente capaz en su verdadero sentido.

3.- Contenido o materia de este trabajo.

Una reducción del tema a materias estrictas de capacidad nos daría una visión de la reforma muy incompleta. Se hace preciso, una vez aclarada la cuestión de terminología, examinar las materias que de ordinario se estudiaban como efectos del matrimonio, personales unos, patrimoniales otros.

Seguiré pues el esquema tradicional, con las naturales variaciones impuestas por la claridad en la exposición, habida cuenta de la reforma legal efectuada. Y examinaré los efectos del matrimonio en cuanto que amplía en ocasiones la capacidad de obras de los cónyuges porque produce la emancipación de los que fueran menores al contraerlo. Y los efectos restrictivos producidos por el matrimonio, en donde se verán las restricciones que la ley señala, comunes para ambos cónyuges, solamente para el marido y solamente para la mujer. Todo referido a lo que uno y -

otro pueden o no pueden hacer dentro del marco legal, aún admitiendo que uno y otro no estén sujetos a ninguna incapacidad legal. Un mayor detalle de este plan de trabajo puede encontrarse en el Índice con que finaliza.

El trabajo se limita a estas materias, en el Código civil, y después de la reforma de 2 de Mayo de 1975.

No se estudia por lo tanto la materia en el Código de Comercio ; ni en las Legislaciones forales españolas. Tampoco en Derecho comparado, ni en nuestro Derecho histórico. Por razones de brevedad se ciñe al Derecho vigente después de la reforma de 1975, aunque por fuerza habrá referencias al estado legal inmediatamente anterior a ella.

Esta delimitación del tema produce la automática eliminación de gran parte del material bibliográfico. Los trabajos sobre capacidad de la mujer casada, y de los cónyuges, existentes en España en obras generales de Derecho civil, en monografías y en revistas, son desde luego muchísimos. Pero están referidos casi íntegramente a la situación legal existente antes de la reforma de 2 de Mayo de 1975. Los trabajos aparecidos después de esa re--

forma son todavía pocos.

Me ha parecido de dudoso interés acumular citas de trabajos relativos al Derecho anterior a 1975, labor relativamente fácil. He creído preferible intentar un estudio unitario, general, sobre la capacidad de los cónyuges únicamente después de la reforma (si bien con algunas indispensables referencias al Derecho inmediatamente anterior), pues he preferido tratar de aportar al tema algo personal, a realizar una larga lista de bibliografía y de -- opiniones expresadas cuando la Ley era distinta.

EXPOSICION DEL TEMA

CAPITULO PRIMERO

IDEAS GENERALES

1.- Breve indicación de la materia según la normativa anterior a la Ley de 2 de Mayo de 1975.

Parece conveniente antes de exponer con algún detalle la materia reformada, hacer una exposición de conjunto, y precisar el alcance temporal y territorial de la reforma.

En el Derecho anterior a la Ley de 2 de Mayo de 1975 la materia que nos ocupa podía resumirse brevemente así : El matrimonio produce unidad de vida. La unidad requiere una jefatura, y ésta se concede al marido. De ahí se deduce la sumisión de la mujer y una cierta incapacidad de la mujer casada, que necesita para realizar actos jurídicos en general, de la licencia o asistencia de su marido. El matrimonio en cambio no produce restricciones en la capacidad del marido. Encontramos estas ideas en gran número de civilistas clásicos, cuyas citas más exactas haré luego.

Los autores posteriores, aún dentro de los mismos preceptos legales todavía no modificados, ya empena-

ron a ver la materia con algunas variantes. Valga -- por todas la cita del Profesor Castro : "En los libros de Derecho, escribe, es corriente considerar, -- después del sexo o entre los efectos del matrimonio, a la incapacidad de la mujer casada. De ese modo se hace pensar que la especial condición jurídica de -- la mujer casada deriva de su sexo femenino y que el marido no cambia nada en su situación jurídica por el matrimonio. Esto, que ha sido cierto en otros -- tiempos, conforme a distintas concepciones del matrimonio y de la familia, no está hoy de acuerdo -- con la realidad jurídica social, y es solo una reminiscencia del pasado. El matrimonio afecta a la condición personal y a la capacidad de obrar del hombre y de la mujer ; en esencia, de modo igual, aunque secundariamente, y según las circunstancias, de modo distinto conforme al puesto que a cada uno le corresponde en la familia."

El matrimonio, dice a seguido, "origina una unidad de vida que impone una mútua subordinación. -- "Consortium omnis vitae" en el que los asociados -- mantienen su propia personalidad ; con igualdad de derechos, no cuantitativa, sino proporcional ; creador de restricciones en la capacidad de obrar de ca

da uno, de caracter funcional, determinadas y caracterizadas por la especial función que corresponda a cada cual en la organización dada a la familia,"

"La sociedad conyugal - sigue diciendo - requiere una jefatura, ésta se le ha impuesto al hombre - (obsérvese que emplea el verbo imponer respecto del hombre, indicando así que no es un privilegio, sino más bien un deber) en los casos normales, aunque -- tambien puede corresponder a la mujer. En todo caso la jefatura impone deberes que, como la subordinación, originan restricciones de la capacidad en la esfera personal y patrimonial." (1) .

Los textos del Código que servían de base para formular las ideas expresadas como usuales, eran -- los siguientes :

En cuanto a la unidad, no estaba afirmada de modo general, pero se hacia aplicación de la idea en materia de nacionalidad, al imponer a la mujer la -- del marido (arts, 21 y 23 en su anterior redacción), y en materia de vecindad ---, ya que entre las reglas de sujeción al derecho civil común o foral establece el artículo 14 que la mujer casada sigue la condición del marido.

La jefatura del marido estaba explícitamente pro

clamada en el artículo 57, según el cual la mujer debía obedecer al marido ; se manifestaba también en el 58, que obligaba a la mujer a seguir al marido -- donde éste fijara su residencia ; y en el 59, concediendo al marido la administración de los bienes de la sociedad conyugal.

Y la llamada incapacidad de la mujer casada y la necesidad de licencia marital resultaba de multitud de preceptos : el artículo 1.263 según el cual no podían las mujeres casadas prestar consentimiento en los casos expresados por la Ley ; el 60 y 61 sometían a la mujer casada a la necesidad de licencia marital, en general, para las actuaciones judiciales y extrajudiciales, respectivamente, salvo excepciones -- que ahora no hace el caso detallar ; licencia marital que además venía expresamente exigida en una serie de artículos para casos concretos, entre los que cabe señalar, para ser tutor, protutor o vocal del Consejo de Familia (arts. 237 y 298), para aceptar o repudiar herencias (art. 995), para pedir la partición de bienes (1.053), para ser albacea (893), para ser mandatario (1.716), para enajenar, gravar e hipotecar los bienes de la dote inestimada (1.361) y los parafernales (1.387).

Para el marido no habia precepto que restringiera su capacidad. Y cuando la reforma de 24 de abril de 1958 introdujo la necesidad de que contara con el consentimiento de la esposa para algunos actos de disposición sobre bienes gananciales, la doctrina se cuidó muy enseguida de puntualizar que se trataba de cuestiones de poder dispositivo, no de capacidad.

La misma Exposición de Motivos de esta Ley de 24 de abril de 1958 sigue diciendo que el matrimonio origina desigualdades "para el mejor logro de los fines morales y sociales que conforme al Derecho Natural" está llamado a cumplir, y por eso en la sociedad conyugal "existe una potestad de dirección, que la naturaleza, la Religión y la Historia atribuyen al marido."

Las mismas ideas se repiten en la Exposición de Motivos de la Ley de 22 de julio de 1961, a pesar de que reconoció a la mujer los mismos derechos que al varón para el ejercicio de actividades políticas, profesionales y de trabajo.

2.- Ideas fundamentales de la reforma de 1975.

Esa manera tradicional de ver la cuestión y de -

venir afirmando viejos principios, se rompe de modo sorprendente por la reforma de 2 de mayo de 1975. - Su Exposición de Motivos dice que las limitaciones de la capacidad de obrar de la mujer casada, "si en otros tiempos pudieron tener alguna explicación, en la actualidad la han perdido". Suprime la licencia marital, porque "las norma en que tales limitaciones se contienen no pasan de tener una efectividad predominantemente formal, creadoras de trabas en la vida jurídica, sin la contrapartida de una seria - protección de los intereses de orden familiar".

La nueva Ley en parte desconoce la idea de unidad matrimonial, al establecer que el matrimonio no produce el cambio de nacionalidad, por sí solo -- (arts. 21 y 23). Suprime la declaración formal de - que el marido tiene la jefatura familiar, pues modifica los artículos correspondientes citados antes.- Y suprime, sobre todo, la licencia marital. Para esto último modifica la redacción del artículo 1.263 - suprimiéndole el último apartado, el referente al - consentimiento negocial de la mujer casada, que ya no figura entre las personas que no pueden prestar consentimiento. Reforma los artículos 60 y 61 que - en vez de regular la necesidad en general de la li-

cencia marital regulan otra materia ; y modifica la redacción de los preceptos que aplicaban a casos -- concretos esa necesidad de licencia, suprimiéndola- en cada caso.

La reforma, en fin, proclama en su artículo 62 - que el "matrimonio no restringe la capacidad de -- obrar de ninguno de los cónyuges".

La redacción de este precepto indica la idea cen- tral de la reforma. No ha sido simplemente suprimir la licencia marital. El Código tiende ahora a equipa- rar jurídicamente marido y mujer, y a tal efecto, - en varios preceptos que con más detalle veremos en- el trabajo, ha sustituido las palabras "mujer casa- da" por "persona casada" o simplemente "cónyuge".

A pesar de estos deseos de equiparación, y no - obstante haber progresado mucho en ese sentido, si- guen existiendo restricciones en la capacidad de -- obrar que nacen con el matrimonio, y aunque algunas son comunes, otras afectan solamente al marido o so- lamente a la esposa. Su estudio constituye la mate- ria de este trabajo.

Antes parece necesario haber breves indicaciones sobre el alcance temporal y territorial de la refor- ma.

3.- Ambito temporal de la reforma.

En el ámbito temporal no se presentan a primera vista problemas. Interesa conocer la fecha exacta- en que entró en vigor la reforma, pues hasta ese - día rigieron las limitaciones a la capacidad de la mujer casada que el profesional del Derecho ha de- tener en cuenta a la hora de examinar y calificar- un documento. La Ley, de fecha 2 de mayo de 1975,- se publicó entera en el Boletín Oficial del Estado del día 5 de ese mismo mes. Al no disponer nada al respecto, entró en vigor a los veinte días de su - publicación, conforme al artículo 2 del Código ci- vil ; y como según el artículo 5 del mismo Código- "en los plazos señalados por días a contar de uno- determinado quedará éste excluido del cómputo, el- cual deberá empezar en el día siguiente", hemos de contar desde el día 6 de mayo inclusive para termi- nar los veinte días el día 25. O sea la reforma en- tró en vigor, primer día de efectividad, el 26 de- mayo de 1975.

En este punto del ámbito temporal dice Sanz Fer- nández que la reforma no tiene efectos retroacti- vos. "Ahora bien/^{sigue diciendo/}: la importancia de algunas de -- las modificaciones introducidas ; el trato de fa--

vor que del efecto retroactivo pudiera derivarse, siempre respetando los derechos adquiridos, y la posibilidad de haberse realizado durante su vacación actos válidos conforme a la nueva Ley, pero no conforme a la legislación derogada, exigen hacer algunas aclaraciones sobre esta materia, tanto respecto de aquellos casos en que existen normas especiales de Derecho transitorio, como ocurre con la nacionalidad, como en aquellos otros en que no existen estas normas, pero que pueden plantear importantes problemas en los supuestos de distinta regulación de la capacidad. Así ocurrirá muy especialmente en materia de capacidad procesal de los emancipados por matrimonio y en materia de actos realizados por la mujer casada sin licencia marital.

Sin perjuicio del examen que en cada caso se hará de los problemas de Derecho transitorio baste decir aquí que, en principio se han de resolver de conformidad con lo dispuesto por el art. 2, núm. 3, por la disposición general transitoria y por los principios inspiradores de las disposiciones 1ª a 4ª y 13 del Código civil.

En consecuencia, las normas derogadas serán -

aplicables a los actos realizados antes del día 26 de mayo de 1975 y las nuevas normas a los realizados a partir de dicha fecha. En cada materia se hará la aplicación práctica de esta doctrina general" (2).

Se ha planteado en este orden temporal el problema de la eficacia de los actos realizados por la - mujer casada antes de la reforma, sin licencia, en los casos en que era necesario, es decir si por el hecho de haber entrado en vigor la Reforma han quedado o nó convalidados. Y también el problema de - si la mujer puede ratificar esos actos necesitados de licencia, dotándolos así de plena efectividad - jurídica, por sí sóla, al abrigo de las impugnaciones del marido o de los herederos de éste ; y el - plazo en el que puede el marido efectuar esa impugnación.

Respecto al primer problema una posición doctrinal sostiene que los actos otorgados por la mujer-casada sin licencia, en los casos en que era necesaria, antes de la reforma, han quedado convalidados sin necesidad de que sean ratificados por ésta, porque es absurdo que la mujer se vea necesitada - de emitir una declaración de voluntad ratificando-

su propia declaración de voluntad y encaminada únicamente a purificar ésta. En este sentido Rodríguez Adrados dice : "En mi opinión los actos realizados por mujer casada antes de la entrada en vigor de la Ley de 2 de Mayo de 1975 sin la preceptiva licencia marital o autorización judicial supletoria, han quedado convalidados "ex lege" el día de la entrada en vigor de esta Ley, y el Registrador deberá extender la nota marginal cancelatoria de la constancia de la falta de licencia marital del art. 94, 2, cuando se le solicite o, sencillamente, al expedir la certificación del artículo 355 del mismo Reglamento. Me fundo en que la retroactividad del Código -- está especialmente dirigida a que no se "perjudiquen derechos adquiridos" (preámbulo de las Disposiciones transitorias del Código civil, párrafo primero) y la licencia era atribuida al marido como -- "jefe de la sociedad conyugal" (Rs. 7 Septiembre -- 1921, 19 Diciembre 1933, 9 Junio 1936) y, por tanto, como función y no como derecho subjetivo que generara tales derechos adquiridos ; en el carácter retroactivo de la Ley sancionadora más favorable (D.T. 3ª, 2) ; en que la irretroactividad no lograría proteger al marido, en cuanto que la esposa, sola--

en los actos unilaterales, y con la contraparte en los bilaterales, podrá repetir el acto ya sin necesidad de licencia, y si no lo hacian sería por confabulación entre marido y mujer en perjuicio del - que contrató con ésta, o entre marido y este con--tratante, en perjuicio de la mujer"(3). Sin embargo Sanz Fernández dice que la solución "evidente--mente ha de ser negativa" (4).

Resulta pues según esta tesis de Sanz Fernández que el marido y sus herederos pueden impugnar los-actos necesitados de licencia según la legislación anterior, otorgados sin ella durante aquélla vigencia. En tal caso sería aplicable la Disposición --transitoria cuarta del Código civil, según la cual las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados, subsistirán con la extensión y en los térmi--nos que les reconociera la legislación precedente, si bien sujetándose en cuanto a su ejercicio, duración y procedimientos para hacerlos valer, a lo --dispuesto en el Código. Ciertamente que dicha Disposición Transitoria dice textualmente "los dere--chos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código" ; pero su aplicación analógica resulta por -aplicación del artículo 4 actual del mismo Código,

ya que hay identidad de razón y, en la Ley de reforma no se contempla el supuesto específico. Aún sin invocar esos preceptos del Código, el respeto a los derechos adquiridos llevaría a la misma conclusión.

En cuanto al plazo dentro del que se habría de ejercitar la impugnación, según el antiguo artículo 1.301, sería de cuatro años contados desde la disolución del matrimonio. Según el mismo artículo, ya reformado, los cuatro años se cuentan "desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido (el cónyuge impugnante) conocimiento suficiente de dicho acto o contrato (que se impugna)". La reforma introduce la novedad de señalar como fecha de comienzo del plazo, la fecha de la disolución de la sociedad conyugal o la fecha del conocimiento que tenga el cónyuge, el marido en nuestro caso (parece inoperante el conocimiento que puedan tener los herederos del marido mientras éste no se haya muerto y lo hayan heredado). Esta novedad debe contarse desde que la Ley la ha establecido ; o sea, que será preciso que los cuatro años hayan pasado después de la entrada en vigor de la reforma, sin poder acumular el tiempo anterior a la reforma por mucho conocimiento que

entonces tuviera el marido que impugne.

Admitida la impugnabilidad de los actos realizados por la mujer sin licencia, cabe preguntarse si la mujer puede sin intervención de su marido ratificar el acto jurídico otorgado sin dicha licencia antes de la reforma.

La opinión contraria se puede basar en el artículo 1.311 del Código civil, según el cual la confirmación o ratificación corresponde a quien tenga derecho de invocar la nulidad, que es el marido, no la mujer.

Pero la opinión favorable cuenta con buenos argumentos : el artículo 1.302 concede la acción de nulidad al que resulte obligado principalmente por el contrato anulable, que es sin duda la mujer . Según el artículo 1.301, la acción corresponde a los menores e incapacitados, desde que salieren de su incapacidad, y no tiene duda de que la mujer ha salido de su llamada incapacidad por causa de la reforma.- En fin, si la mujer casada, después de la reforma, puede volver a otorgar sin intervención del marido- el contrato que se considera anulable según la legislación anterior, no se vé por qué no ha de poderlo ratificar, sin necesidad de otorgar junto con la

otra parte contratante. un nuevo contrato, puesto que el concurso de esta otra parte contratante no es preciso para ratificar conforme el artículo 1.312 del -- mismo Código civil.

Esta es la opinión de Sanz Fernández : "parece evidente, dice, que si la mujer puede realizar válidamente el acto en la actualidad también lo podrá ratificar con plena eficacia sin necesidad de un nuevo otorgamiento del mismo y sin necesidad de que transcurra el tiempo de la acción de nulidad, es decir, los cuatro años". (5)

4.- Ambito territorial de la reforma.

En el ámbito territorial, la reforma de 1975, produjo una dificultad : la de su aplicabilidad a las regiones forales, en cuanto a la supresión de la licencia marital.

No se han expresado dudas en cuanto a Cataluña y - Baleares puesto que en ambas regiones estaba ya suprimida la licencia por sus Compilaciones respectivas - (art. 49 de la de Cataluña ; art. 4 de Baleares).

Tampoco se presentará dificultad en cuanto a Vizcaya y Aragón, aunque por razones diferentes. En cuanto a Vizcaya, porque a falta de contrato sobre bienes, -

cuando el marido fuere vizcaino infanzón en el momento de celebrarse el matrimonio, se entiende contraído éste bajo el régimen de la comunicación foral de bienes (art. 42 de su Compilación) ; comunicación que es inalterable (art. 41), y en la que se hacen comunes - por mitad entre marido y mujer todos los bienes, presentes y futuros (art. 43). No había según eso, licencia marital ; había una codisposición de ambos cónyuges, y la sigue habiendo puesto que la reforma no ha variado su régimen matrimonial foral.

Y en cuanto a Aragón porque rige en esta materia - el Código civil como derecho supletorio, ya que ni el Apéndice antes, ni la Compilación ahora, contienen -- normas sobre el particular. Suprimida la licencia en el Código, suprimida queda en Aragón.

El problema se planteó respecto de Navarra, donde la Compilación exige licencia marital para enajenar - la mujer sus bienes propios (Ley 55), a menos que se hubiese pactado separación de bienes, es decir se exigía solamente dentro del régimen de conquistas, equivalente al de gananciales. No se exigía licencia marital para los actos enumerados en la Ley 57 (aceptar - herencias y disposiciones a título gratuito, modificar capitulaciones matrimoniales, etc..). La Compila-

ción de Navarra es ley paccionada, y como dice su Disposición final primera, "para cualquier modificación o alteración de la vigencia total o parcial de esta -
Compilación, será necesario nuevo convenio previo con la Diputación Foral al efecto de su ulterior formalización". Así las cosas, la reforma de 1975 no podía -
alcanzar a Navarra, por falta de ese convenio previo, ni aún entendiendo que la supresión de la licencia es materia de capacidad, materia personal, y no materia de régimen económico matrimonial ; y como tal materia personal, al estar en el Título IV del libro I del Código, es de aplicación general y directa en toda España, conforme al artículo 13 del mismo Código, sin --
caer en la excepción que el mismo artículo 13 establece relativa a las normas sobre régimen económico matrimonial, que no son directamente aplicables a las -
regiones forales.

De haberse entendido que la licencia marital era -
materia de régimen de gananciales, exclusivamente, si bien el artículo 13 cerraba la aplicación a Navarra -
de modo directo, quizá se hubiera podido sostener su aplicación por vía de la Ley 91, que aplica al régimen de conquistas, con carácter supletorio, lo dispuesto en el Código civil para el de gananciales. Así lo indicó Puig Salellas. (6)

Para evitar estas dificultades, el Decreto-Ley de 26 de noviembre de 1975 declara como derecho vigente en Navarra, previo acuerdo con su Diputación Foral, varias de las leyes o preceptos de la Compilación, que se modifican ; entre ellas la 55 citada, - que suprime toda referencia a la licencia marital.- La Ley 53, modificada, afirma por su parte que cada uno de los cónyuges, por sí solo, puede ejercitar, - y defender derechos, y realizar en nombre propio o ajeno, cualesquiera actos judiciales o extrajudiciales de administración, disposición y representación. Estas modificaciones constituyen, según la Exposición de Motivos un "Amejoramiento del Fuero" congruente con las exigencias modernas.

La licencia marital ha desaparecido, pues, completamente, del derecho español.

5.- Algunas indicaciones críticas sobre la reforma.

Es pronto para enjuiciar esta novísima reforma de 1975, que sin duda tendrá aciertos y desaciertos. Entre éstos la terminología antes señalada de "persona casada", produce algunas oscuridades, y algunos efectos tal vez no queridos por el legislador. (Un ejem-

plo lo constituye el artículo 225 del Código civil del que trataremos más adelante).

La reforma se hizo al parecer, con gran rapidez no obstante la importancia del tema. No es de extrañar, pues, que en los trabajos que van apareciendo, olvidando lo que tiene de bueno, ataquen con dureza lo que pueda tener de censurable. Así por ejemplo, comenta Lacruz la afirmación del artículo 62 de que el matrimonio no restringe la capacidad de ninguno de los cónyuges, y dice que tal afirmación es innecesaria, porque las restricciones nacen de preceptos que las establecen. No hay porqué proclamar de modo expreso que no existen ; basta que no haya preceptos que las establezcan. Y si el precepto contiene una explicación histórica, sigue diciendo, como el matrimonio nunca ha restringido la capacidad del varón, y sí la de la mujer, habría de haber dicho que el matrimonio no restringe la capacidad de la esposa (7). También ataca la equiparación entre marido y mujer y la supresión de la licencia, diciendo que en España hemos pasado de la posición legal de la mujer más sumisa de Europa a un grado de nivelación entre esposos que él estima inaudito y excesivo ; y eso sola

mente en diecisiete años, pues en la reforma anterior, en 1958, se mantenía la sumisión y la licencia, con unos argumentos en la Exposición de Motivos, - que por su permanencia hubieran debido impedir la reforma presente. (8)

Una crítica acertada solamente podrá ser hecha después que hayan pasado muchos años.

Veamos ahora la materia en sí.

NOTAS AL CAPITULO PRIMERO

(1) DE CASTRO. "Derecho Civil de España". T II, Vol. 1, pág. 250, Madrid 1952.

(2) SANZ FERNANDEZ. "La situación de la mujer casada en Derecho Civil", Libro-Homenaje a Roca-Sastre, Vol. II, Madrid 1977, pág. 760.

(3) RODRIGUEZ 'ADRADOS. "Las compras de la mujer casada" en Rev. Derecho Notarial. Abril-Junio 1975, pág. 526.

(4) SANZ FERNANDEZ, Ob. cit. pág. 839.

(5) SANZ FERNANDEZ, Ob. cit. pág. 839.

(6) PUIG SALELLAS. "El matrimonio y los cambios de regionalidad" ; conferencia pronunciada el 10 Abril 1975, publicada en la Revista "La Notaría", Abril-Mayo-Junio 1975. pág. 14.

(7) LACRUZ BERDEJO. "El nuevo derecho civil de la mujer casada", Cuadernos Civitas 1975, pág. 51.

(8) LACRUZ BERDEJO, Ob. cit. págs. 11 a 14.

CAPITULO SEGUNDO

EFFECTOS DEL MATRIMONIO QUE SIGNIFICAN AMPLIACION DE LA CAPACIDAD DE OBRAR Y SON COMUNES A AMBOS CONYUGES.

El matrimonio afecta de modo general a ambos cónyuges y algunos de estos efectos son iguales en el marido que en la mujer. De estos efectos comunes, - unos producen una ampliación en la capacidad de - obrar y otros producen restricciones o deberes. Hay que advertir enseguida que si bien las restricció-- nes o deberes se dán siempre, la ampliación de capa-- cidad, en cambio, solamente se dá en algunos casos, principalmente en aquéllos en que los que se casan sean menores de edad pues merced al matrimonio que dan emancipados.

La emancipación es el efecto único que suele ser citado como ampliatorio de la capacidad de obrar, a causa del matrimonio. De él me ocuparé un poco más-- extensamente enseguida, examinando los actos jurídi-- cos que verdaderamente puede hacer el menor al que-- dar emancipado por matrimonio y que antes de casar-- se no podía hacer.

A) Adopción.

Junto a ese efecto, típico, creo que se puede añadir otro efecto ampliatorio de la capacidad que, al igual que la emancipación, no se dá siempre sino solamente en algunos casos en que juegan las edades de los cónyuges. Este otro efecto es el de la posibilidad de adoptar.

Conforme a la nueva regulación de la Adopción introducida por la Ley de 4 de Julio de 1970 para adoptar se requiere que el adoptante tenga treinta años-cumplidos. Pero, añade el artículo 172 del Código civil, "en la adopción por marido y mujer basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad". El matrimonio produce indudable efecto ampliatorio de capacidad, produce la posibilidad de que una persona casada aún siendo menor de treinta años, pueda adoptar conjuntamente con su cónyuge, con tal de que éste haya rebasado dicha edad.

Y así mismo, aunque muy estrechamente relacionado con lo que vengo diciendo y todo según el mismo artículo 172, también el matrimonio permite que se pueda adoptar aún teniendo menor diferencia de dieciseis años con la persona adoptada, con tal de que el cónyuge tenga esa diferencia.

Los trabajos aparecidos después de la reforma de 1970 sobre la adopción apenas han tocado este punto. Castán Vazquez se limita a decir que esta norma es nueva en la regulación española, (1) ; y así también Cano Reverte (2). Manteca en su muy completo - trabajo sobre la adopción justifica el precepto diciendo que tiende a facilitar la adopción plena por los dos cónyuges, y está fundado en la comunidad de intereses e identidad de fin que debe existir en el matrimonio. (3)

No se le escapa a Manteca la posibilidad de que la eliminación de topes de edad en uno de los dos cónyuges adoptantes pueda dar lugar a situaciones - extremas, pues en los casos en que exista mucha diferencia de edad entre los cónyuges adoptantes puede ocurrir que el más joven de los dos sea de edad - semejante al adoptado, y hasta más joven que él. - Por eso dice que en la discusión legislativa el Procurador Batlle se opuso a estas innovaciones (4).-- Dice Manteca "el arbitrio judicial impedirá absurdos."

B) Recíproca comunicación de honores.

Además de los efectos ampliatorios de la emanci-

pación y de la mayor facilidad para la adopción, el matrimonio produce también otro efecto ampliatorio, que es el de la recíproca comunicación de honores - que señala el número artículo 64 del Código civil.

El artículo 64, en su actual redacción, dispone que "el marido y la mujer gozarán de los honores de su consorte, excepto los que fueron estricta y exclusivamente personales, y los conservarán mientras no contraigan nuevo matrimonio. En caso de separación legal no los perderá el cónyuge inocente". Ha variado la redacción anterior a la reforma, según - la cual "la mujer gozará de los honores de su marido, excepto los que fuesen estricta y exclusivamente personales y los conservará mientras no contraiga nuevo matrimonio". O sea que la reforma ha hecho recíproca la comunicación de honores que antes solamente se daba de marido a mujer, y no viceversa. En lo sucesivo no sólo disfrutará y conservará la mujer, aún en estado de viuda los honores del marido, sino también éste los de ella.

Según Sanz Fernández "este derecho solamente se extingue : 1º En caso de contraer nuevo matrimonio; 2º En caso de separación legal respecto del cónyuge culpable, pues el inocente no perderá el derecho --

al disfrute de los honores del otro ; este precepto, nuevo en la reforma, se refiere solamente a la separación legal, por lo que es evidente que lo convencional o de hecho no influye en esta cuestión". (5)

La reforma sigue en este punto la línea general - de situar en igualdad de plano a los dos cónyuges.

Esta recíproca comunicación no altera la capacidad de obrar de ambos cónyuges. El aspecto más importante de esta comunicación de honores se refiere a los títulos nobiliarios, regidos por el Real Decreto de 27 de Mayo de 1912, y disposiciones complementarias, en especial, el Decreto de 4 de Junio de 1948- que desarrolló la Ley de 4 de Mayo de 1948 que vino a restablecer en España los títulos y grandezas derogados por la Legislación de la República. (Decreto de 12 de Junio de 1931). Pueden por lo tanto, uno u otro cónyuge, usar legítimamente los títulos nobiliarios que tenga el otro cónyuge. Pero eso no modifica en nada su capacidad ; ni la aumenta con privilegio alguno de carácter civil, ni la restringe.

C) Emancipación.

Es sabido que para el Código civil la emancipación significa la salida de un menor de la patria po

testad o de la tutela a que estuviera sujeto. El Código considera como una causa de emancipación el -- llegar a la mayor edad (art. 314). Pero junto a esta causa, el mismo Código señala -- otras dos que, si bien tienen de común con la mayor edad el poner fin a la patria potestad o a la tutela del menor, -- difieren de la anterior en que no conceden al emancipado la plenitud de capacidad que tiene el mayor de edad, sino que lo dejan en una situación especial, la situación que se llama de menor emancipado.

En esta situación el menor emancipado puede realizar una gran variedad de actos o negocios jurídicos que no podía realizar por sí, cuando era menor no emancipado. Pero para realizar algunos de ellos el menor emancipado necesita del consentimiento de determinadas personas que el mismo Código señala. -- Expondré a continuación esos actos o negocios jurídicos con referencia a los emancipados por matrimonio, puesto que la emancipación por concesión del padre o de la madre queda fuera de nuestro trabajo.

1.- Requisitos para que se produzca.

La emancipación por matrimonio se produce por éste único requisito : el matrimonio válido.

No hace falta, por lo tanto, tener alguna edad determinada, como se exige dieciocho años para la emancipación por concesión, según el artículo 318 del Código. Basta la edad necesaria para contraer matrimonio.

No hace falta tampoco ningún consentimiento especial encaminado a solicitar o aceptar la emancipación, como también ocurre en la emancipación por concesión. Basta el consentimiento para el matrimonio, y de éste surge la emancipación, por imperio de la Ley. "El matrimonio produce de derecho la emancipación", dice el artículo 315 del Código. Ni siquiera cabe pactar al celebrar el matrimonio, ni antes, que no se producirá la emancipación, o que ésta se producirá con un contenido mayor o menor que el Código le señala. Así lo entiende la doctrina, entre otros Sanz-Fernández.(6)

El único requisito, pues, es el matrimonio, canónico o civil, válido. En consecuencia, la disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, la separación judicial, la declaración de fallecimiento, la ausencia, no afectan a la emancipación, que ya se

produjo por el matrimonio del menor, y emancipado - queda. Como dicen Castro y Diez Picazo la emancipación se produce por el matrimonio del menor (art. - 314 nº 1 C.c.) y no sólo durante su matrimonio (7)-(8).

Distinto es si el matrimonio se declara nulo, En principio debe acarrear la nulidad tambien de la - emancipación. Pero habrá que mantener la validez de la emancipación por aplicación del artículo 69 del Código civil, respecto del cónyuge o cónyuges que - hayan contraído el matrimonio de buena fé. En este- sentido tambien Castro y Diez Picazo. Al no mantener se respecto del cónyuge de mala fé, la consecuencia es que éste vuelve a la situación de dependencia -- que le corresponda, patria potestad o tutela. Asi - lo dice explícitamente Castro.(9)

2.- El consentimiento complementario de su capacidad.

El menor emancipado no puede realizar algunos ac- tos sin el consentimiento de ciertas personas, las- que el Código señala. El Código emplea la palabra - "consentimiento" en los tres preceptos que lo exi-- gen, los artículos 60, 61 y 62.

2,1.- Su naturaleza y caracteres.

Este consentimiento se considera por la doctrina como una función asistencial o tutelar, personalísima, irrenunciable y gratuita. Está establecido en beneficio del emancipado. Este caracter hace, dice-Castro (10) que cuando las personas que hayan de -- dar el consentimiento tengan un interés opuesto al-menor, sea necesaria la intervención, en lugar de - aquéllas, de otra persona : el defensor judicial - (art. 165 C.c.) o el protutor (art. 236 nº 2) según los casos. Méndez Apenela entiende que procede nombrar defensor judicial cuando el padre tiene intereseses opuestos, y que no procede nombrar tutor (11).- La razón está en que la tutela es incompatible con la patria potestad, la cual sigue subsistente aunque sea en forma atenuada. Se ocupa a seguido Méndez Apenela del caso en que los intereses opuestos existan con el padre pero no con la madre. Resume - la opinión de otros autores y señala a Castán Vaz-- quez, Castro y Albadalejo como partidarios de que - en tal caso el consentimiento debe prestarlo la madre, mientras que Hernández Gil, Puig Brutau y Díez Picazo se inclinan por la intervención de un defensor judicial. El propio Méndez Apenela opta por és-

ta última solución por considerarla más favorable al menor emancipado.

Es éste quien otorga el acto o negocio jurídico ; la voluntad negocial es la del emancipado, no del -- que dá el consentimiento complementario. Estas personas consienten la actuación del menor e intervienen para protegerlo, para completarle su capacidad, por considerar la Ley que es necesario atendida su poca edad, su inexperiencia. Estamos, pues, en materia de capacidad, no en materia de prohibiciones legales para proteger otros valores ; y mucho menos se dá para proteger el interés de las personas que consienten, -- como ésto último ocurre en el consentimiento de la -- mujer casada en el artículo 1.413 del Código civil. -- En los menores emancipados, el consentimiento de las personas que deban darlo existe, "para proteger al -- menor contra los peligros de una contratación irreflesiva" dice la Resolución de 27 de Septiembre de 1921 ; "para proteger y garantizar sus intereses -- (los del menor) supliendo así la inexperiencia de la -- juventud", dice el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de Noviembre de 1925, citadas ambas por Castro.(12)

De lo dicho se desprende que el consentimiento ha de ser otorgado para cada acto, pues es en cada acto

jurídico cuando surge el problema de capacidad que se completa con el consentimiento. Ha de ser dado previa una ponderación de conveniencia del acto jurídico para el emancipado. Por lo tanto : es indelegable, y no puede ser concedido de modo general, a la manera de las licencias generales que se daban en el Derecho derogado en favor de la mujer, o a la manera como se puede dar el consentimiento de la esposa exigido en el artículo 1.413 del Código civil; así Cámara.(13)

Es indelegable, como indelegable es la función de la patria potestad o la tutela, de las que es manifestación este consentimiento. No se opone ese carácter al otorgamiento de una autorización a otra persona para que exprese el consentimiento en otro lugar o en otro momento, pero en realidad esta otra persona es un nuncio o mensajero, no un verdadero apoderado, puesto que la autorización habrá de ser concreta para el caso.

2,2.- Manera de ser prestado.

No puede ser concedido de manera general, sino especialmente para cada acto. El juicio de valor que ha de hacer quien consiente, exige conocer el objeto, causa y condiciones del negocio concreto, todo lo

cual hace imposible un consentimiento general. La - sentencia de 4 de Noviembre de 1925, la Resolución de 13 de Marzo de 1914 y 29 de Noviembre de 1968 lo dicen explícitamente. Se alega también que la conce^usión de un consentimiento general y previo, signifiⁱcaría una ampliación voluntaria de la capacidad legal, cosa que no es posible por estar la materia de capacidad sustraída a la voluntad de los particulares. Así lo dice Méndez Apenela (14).

El consentimiento del padre o de la persona que-
haya de darlo, como dice Albadalejo, puede ser táciⁱto (15).

El prestar o no el consentimiento en un acto li-
bre y discrecional de la persona llamada a consen-
tir. La negativa injustificada del padre, o de la -
madre, no admite recurso alguno, y solamente podrá-
en su día reclamar el emancipado daños por el per-
juicio sufrido, si cabe dentro del artículo 1.902 -
del Código, y no ha prescrito la acción. Contra la-
negativa injustificada del tutor, según Méndez Ape-
nela cabe pedir al Juez la remoción del tutor, al -
amparo del artículo 238 número 4 del Código ; ade-
más de que el mismo tutor responda conforme al artíⁱculo 1.902 del Código (16).

Dentro de la libertad para conceder el consentimiento, se admite que sea prestado en ciertas condiciones, es decir solamente se tenga por tal cuando concurren determinados hechos concretos. Esto es solamente aplicable al consentimiento previo, especial para un acto.

El consentimiento previo es revocable, siempre - que la revocación se produzca antes de perfeccionarse el negocio jurídico concreto para el que fué concedido. Esta revocación habrá de ser notificada según las reglas de la revocación de poderes y mandatos, aunque no se trate de apoderamiento.

El consentimiento puede ser prestado antes, con referencia a un negocio jurídico concreto, o simultáneamente al acto. Pero la doctrina no admite un consentimiento posterior al acto otorgado por el menor emancipado. Dice Castro que el consentimiento no es un elemento del negocio, pero la declaración negocial efectuada por el emancipado, sin el consentimiento, está falta de un requisito de capacidad para que sea eficaz, requisito que consiste en el consentimiento complementario. Desde el momento en que se produjo la declaración negocial del emancipado, sin consentimiento complementario, surgió ya en

el menor la facultad de impugnar dicho negocio jurídico, y "el padre, madre o tutor no tienen ya poder para despojar al emancipado de la acción de impugnación ya nacida." "Lo que se podrá hacer, sigue diciendo, es consentir la nueva declaración del emancipado, con efectos de confirmación (art. 1.311 C.c.)" (17).

También contrario al consentimiento posterior es Méndez Apenela. Dice que el negocio efectuado sin -- consentimiento complementario es evidentemente, o nulo o anulable, y que sin perjuicio de precisar mejor en qué categoría cabe, resulta : que si es nulo, el consentimiento posterior carece de fuerza sanatoria y así lo reconoció la Dirección de los Registros en Resoluciones de 15 de Noviembre de 1897 y de 5 de Julio de 1907. Y si es anulable, entonces, dice Méndez Apenela, conforme explica Castro, el consentimiento posterior no es eficaz por no poder ser despojado el menor de su acción de impugnación ya nacida. (18)

Sanz Fernández es de la misma opinión. "La falta de consentimiento en el supuesto del art. 61 no es susceptible de confirmación, no se subsana por el -- tiempo, --no prescribe-- y no puede sustituirse por ningún otro medio." Y añade: "Ciertamente el consentimiento

to del art. 61 puede ser prestado posteriormente al del emancipado ; pero no se tratará de una confirmación o ratificación verdadera, sino de un consentimiento que viene a completar el acto o contrato. -- Los efectos de éste no se producirán desde la fecha en que el menor prestó el consentimiento, sino desde que se complementó con el exigido por el art. - 61". (19)

2,3.- Efectos de la falta de consentimiento.

Interesa, pues, precisar los efectos de la falta del consentimiento complementario, si produce la nulidad o la anulabilidad de lo hecho sin ese consentimiento.

La posición de considerar el acto como nulo de pleno derecho es la que admitieron dos antiguas Resoluciones, una de 15 de Noviembre de 1897 y otra - de 5 de Julio de 1907, en la primera de las cuales se dice que el consentimiento de las personas que deban darlo al emancipado, es tan esencial que, según declara el artículo 1.261 del Código, cuando falta no llega a haber verdadero contrato. Pero esta posición no se admite hoy día por considerarla contraria a la protección que el derecho concede a

los menores. Pueden éstos ejercitar la anulación, o mantener aquéllos contratos que le sean favorables ; pero no se declaran esos contratos automáticamente nulos, a menos que por ser de muy corta edad exista un defecto absoluto de consentimiento. Además, para su protección, las personas capaces no pueden alegar la incapacidad de aquéllos con quienes contrataron (art. 1302 C.o.) y emitieron un consentimiento consciente. El menor emancipado, dice Castro, es o sigue siendo menor, y no hay razón para darle peor trato que a los menores no emancipados y mucho menos considerarlo con menor capacidad que ellos. (20)

También Méndez Apenela cree que la sanción es la anulabilidad y además del argumento de Castro, añade el de que no es obstáculo el artículo 1.301 del C.c. Se refiere este precepto al plazo de duración de la acción de anulabilidad y dice que cuando se refiera a contratos celebrados por menores el plazo se contará "desde que salieren de la tutela". Pero esta salida de la tutela no debe interpretarse, dice, en sentido riguroso, producida por la emancipación, sino en un sentido más lato, de salida de la guarda familiar que aún se prolonga -

durante el estado de emancipación, (Mendez Apenela.-
(21)

Esta segunda posición es la que aparece en las -
sentencias del Tribunal Supremo de 26 de diciembre-
de 1944 y 27 de junio de 1941. En la primera admite
la confirmación por los emancipados, una vez llega-
dos a la mayoría de edad. En la segunda funda la in-
validez de lo actuado por el emancipado sin consenti-
miento, en una falta de capacidad.

No hay que confundir la cuestión que veníamos -
viendo con la muy similar de la situación de los me-
nores emancipados por matrimonio celebrado sin licen-
cia, o sea sujetos al régimen de sanción que señala-
el artículo 50 del Código. Como después veremos, en
estos casos el menor no recibe la administración de
sus bienes hasta que llegue a la mayoría de edad. -
Entre tanto, los actos de administración y de dispo-
sición que sean del caso respecto de esos bienes --
que el emancipado ya tenía al casarse, se celebran-
por su padre, madre o tutor, y son éstos los que --
dan el consentimiento negocial, no es el emancipa--
do. Por lo tanto, si el menor realiza directamente-
esos actos, respecto de los bienes que están en esa
administración retenida, realiza un acto contrario-

a una prohibición y cae en la pena de nulidad conforme al artículo 6 del Código. Así lo expresó Castro - (22) y también lo acepta Méndez Apenela (23).

Volviendo al problema del negocio realizado por el emancipado sin consentimiento complementario, veamos quienes pueden ejercitar la anulabilidad que se produce.

Desde luego el negocio no puede ser anulado por aquél que contrató con el menor, alegando su incapacidad (art. 1.302 C.c.).

El emancipado es indudable que puede ejercitar la acción una vez alcanzada la mayoría de edad (art. 1.301).

Ofrece alguna duda si el emancipado puede ejercitar la impugnación antes de cumplir los veintiún años, bien por sí sólo si no precisare consentimiento complementario para esa comparecencia judicial, bien con la asistencia de padre, madre o tutor, si la necesitaren. La duda surge porque el artículo 1.301 cuenta los cuatro años de plazo para el ejercicio de la acción, desde que salieren de la tutela o patria potestad, que en forma atenuada o intermitente subsiste para el emancipado hasta que cumple los veintiún años. La opinión de que no podría impugnar has-

ta después de cumplir los veintiún años es absurda, y hemos de entender que el artículo 1.301 señala el plazo máximo, pero no impide que antes de cumplir los veintiún años pueda el emancipado pedir la anulación.

También ofrece duda si el padre, madre o tutor pueden pedir la anulación, por sí solos. Surge la duda porque el artículo 1.302 del Código concede la acción de nulidad a los obligados principal o subsidiariamente en virtud del negocio que se quiere anular ; y el padre, madre o tutor no están en ese caso. La duda se desvanece si consideramos : que el artículo 1.302 emplea la palabra "pueden", sin prohibir la acción a otras personas, y sin emplear ninguna otra palabra, como sería la de "solamente", que reduzca la legitimación activa a sólo las personas enunciadas en el precepto. Y, sobre todo, que negar la acción al padre, madre o tutor, nos conduce al absurdo de que éstas personas tengan que cumplir una función, una obligación de asistir al emancipado, y no puedan tomar ninguna conducta para corregir lo efectuado sin su intervención. Si el emancipado no queda sujeto a la posible acción de impugnación de su padre, madre o tutor, resultaría que po-

dría incumplir el requisito de obtener el consentimiento de ellos y contratar tranquilamente : su contrato no podría ser invalidado ni por la contraparte, ni por su padre, madre o tutor, solamente por él si le convenía. Su postura entonces sería la de contratar siempre sin consentimiento de las personas señaladas, pues estaría en posición más ventajosa. Con ello llegaríamos al nuevo absurdo de que el consentimiento de las personas que señala la Ley, no servía para proteger al emancipado, sino para proteger a la contraparte, quien tan solo mediante este consentimiento quedaría a cubierto de la posible impugnación ejercitada por el propio emancipado.

En cuanto al plazo, resulta indicado en lo que he dicho : el menor emancipado, mientras dura ese estado y cuatro años más desde que cumple los veintiún años. El padre, madre o tutor, mientras conserven esa forma aminorada de patria potestad o tutela, es decir, mientras estén llamados a prestar el consentimiento complementario porque el emancipado aún no haya alcanzado la mayoría de edad. Entendido así, puede ocurrir que si el emancipado tiene menos de -

diecisiete años cuando celebra el negocio anulable, su padre, madre o tutor, que lo sepan, pueden ejercitar la anulación más tarde de cuatro años, lo que parece en contradicción con el artículo 1.301 del Código que afirma que la acción de nulidad sólo durará cuatro años. Méndez Apenela dice que en pro de la seguridad del tráfico debe reducirse la acción a los cuatro años. (24)

El plazo de cuatro años es de caducidad, no de prescripción. (25)

Es interesante el problema, pocas veces planteado, de si también tiene cuatro años de duración la posibilidad de oponer la nulidad por vía de excepción, o sea, que a los cuatro años caduca la acción pero no la excepción. Castro explica que el ejercicio de la anulabilidad se concibe como una acción doble : la declarativa, con la que se busca la declaración judicial de que el negocio tiene un vicio -- que lo invalida ; y la restitutoria, que origina el deber de las partes de devolverse recíprocamente lo recibido por el negocio. Y siguiendo el precedente del Proyecto de 1851, en el que se decía que la nulidad no puede reclamarse por vía de acción sino -- dentro de cuatro años, el Código dice que la acción

de nulidad sólo durará cuatro años y se refiere sólo a la acción restitutoria, que regula ; con lo -- que deja abierto el camino para que la excepción - pueda ser alegada después de ese plazo, en cualquier momento ; pues el contrato fué viciado y el tiempo - por sí solo no borra esa condición. El emancipado, - en nuestro caso, una vez pasados los cuatro años, no podrá exigir la devolución de la cosa vendida, por - ejemplo ; pero si no la llegó a entregar ni cobró el precio, y pasados los cuatro años la contraparte le ofrece el pago y exige la entrega de la cosa, cabrá oponer la excepción de nulidad. Cita Castro en - apoyo de su postura la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Marzo de 1956 (26). El contrato nulo, no confirmado, sigue siendo nulo, y de un contrato nulo no se pueden exigir efectos de cumplimiento.

También Albaladejo toca el problema, fundamentando la no caducidad de la excepción en el viejo brocardo "quae temporalia sunt ad agendum, perpetua -- sunt ad excipiendum". Entiende que esta posición de no caducidad "es preferible (a la otra^{de}/caducidad) a tenor de los antecedentes históricos, cabe en la letra de los textos vigentes, y además en algunos ca--

sos dará lugar a una solución más equitativa que la contraria." (27)

El consentimiento no está sujeto a forma. La exigencia de forma vendrá impuesta por la clase de acto que se consiente, por ejemplo una donación de inmuebles requerirá escritura pública.

2,4.- Personas que han de prestar el consentimiento.

Veamos ahora qué personas han de dar el consentimiento complementario. Lo dice el artículo 60 y son: cuando se refiere a bienes comunes, el otro cónyuge si fuere mayor de edad ; cuando se refiera a bienes privativos, y también cuando el otro cónyuge llamado, a dar el consentimiento sea menor de edad, el consentimiento ha de darlo el padre, madre o tutor del emancipado que realiza el acto jurídico de que se trate o la comparecencia en juicio.

Hay que tener en cuenta que los artículos 60 y 61 (que enseguida veremos) no excluyen la aplicación del artículo 1.413 del Código civil. Sus campos de aplicación son parecidos pero no iguales. Así por ejemplo, el 61 exige consentimiento para tomar dinero a préstamo a título personal, cosa que no exige -

el consentimiento del 1.413 ; y al revés, éste exige el consentimiento para actos de disposición, concepto más amplio que el de gravamen o enajenación, y lo exige, además de respecto a inmuebles, también respecto a establecimientos mercantiles, para los que el artículo 61 no lo exige. Y sobre todo, el 1.413, como es sabido, se refiere solamente a bienes gananciales, mientras que el 60 y el 61 se refieren tanto a gananciales como a privativos. Con gran claridad expresa también lo mismo Sanz Fernández : "A primera vista parece que si la mujer ha de prestar el consentimiento a la enajenación conforme a este artículo (1.413), exigirlo además en el art. 61 es una redundancia inútil. Esta consideración que a primera vista parece muy importante, carece de valor si se tiene en cuenta que ambos preceptos tienen un fundamento, un ámbito de aplicación y una función completamente distintos."

a) Por su fundamento el artículo 61 regula, como se ha dicho antes, las limitaciones a la capacidad del emancipado por matrimonio ; en cambio, el artículo 1.413 regula una limitación a la facultad de disposición de los bienes gananciales.

b) Por los casos a que se aplican, el art. 61 ha

bla de tomar dinero a préstamo, gravar ni enajenar bienes raíces ; el 1.413 habla de actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles.

De aquí que haya actos que requieren el consentimiento uxoris y no, en cambio, el del art. 61 : así ocurrirá, por regla general con los actos de - disposición de establecimientos mercantiles. Por - otra parte, hay actos que exigen el consentimiento del art. 61 y no el del 1.413 : así ocurre con los de tomar dinero a préstamo.

c) Aun en el caso de coincidir la aplicación de ambos preceptos, como ocurrirá en los actos de enajenación y gravamen de bienes inmuebles, el diferente fundamento da lugar a que aunque concorra en la misma persona la función de prestar los dos consentimientos, el del 1.413 y el de capacidad, no - se refunden ni excluyen, sino que conservan su propia autonomía y sustantividad. Consecuencia de -- ello es : a) el complemento de capacidad, en cuanto tal, no puede sustituirse de ninguna manera, -- sin perjuicio de que pueda pasar de una persona a otra por el orden establecido en el art. 60, según-después de verá, lo que implica solamente cambio de

la persona que presta el consentimiento, pero no -
eliminación ni sustitución de éste por otro medio;
b) el consentimiento del 1.413 puede ser suplido -
por la autorización judicial, la cual no excluye -
ni afecta a la aplicación del art. 61 ; c) puede -
ocurrir que concurren ambos consentimientos otorga
dos por personas distintas o el consentimiento del
art. 61 con la autorización judicial del 1.413 ; -
lo primero ocurrirá en los casos de minoría de --
edad del marido administrador, en que la coexisten
cia del consentimiento del padre, madre o tutor y
del de la mujer es evidente ; lo segundo, en caso
de incapacidad o negativa de la mujer que no exclu
yen el consentimiento del padre, madre o tutor si
el marido es menor de edad y exigirán la autoriza
ción judicial del 1.413 ; e igualmente en los ca--
sos del art. 1441 si administra la mujer menor de
edad, en que concurrirán el consentimiento del --
art. 61 y la autorización judicial del 1.444.

Esto es debido a la diferente función del con--
sentimiento exigido en ambos preceptos ; completar
la capacidad en uno y proteger a la mujer o al cón
yuge no administrador en los actos de disposición
de bienes gananciales, en otro.

d) La circunstancia de establecer ambos consentimientos los artículos 60 y 61 por una parte y 1.413 por otra, demuestra que uno y otro son diferentes, pues es evidente que si el art. 61 hubiera sido una mera repetición del 1.413 establecería una regla redundante y superflua y notoriamente perturbadora. Precisamente el establecerlo aquellos preceptos especialmente para un supuesto único, menor edad del cónyuge administrador y mayor del otro, demuestra que se trata de un consentimiento distinto que procede independientemente del establecido en el art. 1.413. En cambio, el consentimiento de este último precepto procede en todo caso, aunque el cónyuge administrador sea mayor de edad y aunque el no administrador sea menor".(28)

Resulta pues que cuando se trate de bienes gananciales y la mujer del emancipado que enajena sea también menor de edad, por aplicación del 60 y 61, ese varón emancipado necesitará consentimiento de su padre, madre o tutor ; pero además por aplicación del 1.413 necesitará el consentimiento de su esposa, del que veremos luego las dudas doctrinales sobre si lo puede dar por sí sola o de si necesita a su vez el consentimiento de su propio pa-

dre, madre o tutor. El 60 y 61 se aplican como regla de capacidad, en sentido estricto ; el 1.413 no es - propiamente un precepto de capacidad sino de poder - dispositivo.

La legalidad vigente en cuanto a personas que han de prestar el consentimiento difiere sensiblemente - de la anterior a la reforma de 1975. Antes, siempre, tratárase de bienes comunes o de bienes privativos, - el complemento de capacidad había de darlo el padre, madre o tutor del emancipado (art. 59 antiguo). Hoy - la regla no es tan sencilla, y la persona llamada a consentir varía según los casos, tal como ha quedado expuesto.

La fórmula actual evita que en materia de bienes - comunes, cuando el cónyuge del emancipado sea mayor - de edad, intervenga el padre, madre o tutor del eman - cipado. El consentimiento de este cónyuge mayor de - edad basta, y cubre, tanto el problema de capacidad - del artículo 61 como el problema del artículo 1.413, llámese a éste último de poder dispositivo, de prohi - bición en beneficio de la esposa, o como quiera cali - ficarse.

Sobre las razones de este cambio legislativo dice Sanz Fernández que es una novedad importantísima no -

"justificada ni razonada ni siquiera aludida en la Exposición de Motivos.

Las razones que dentro de la finalidad general de la Ley pueden justificar la introducción de esta novedad, son :

1ª La general de extender lo más posible el área - de atribuciones de la mujer dentro del matrimonio y - de la familia. Aunque los arts. 60 y 61 hablan de marido y mujer o de cónyuge, el legislador no ha podido sustraerse a la contemplación de la realidad familiar y social constante, recogida también en los arts. 59- y 1.412, según la cual en la vida normal de los matrimonios el marido es el administrador de la sociedad - conyugal. Por ello, al hablar del otro cónyuge se ha pensado en la mujer - ya se ha visto la confusión que por la misma razón se ha producido entre los arts. 61 y 1.413 - y, esto supuesto, su intervención para prestar el complemento de capacidad equivale a darle una-esfera nueva de acción e intervención en la sociedad-de gananciales.

2ª Resolver la cuestión en el seno del matrimonio, evitando la intervención de personas extrañas a él, - aunque sean el padre, madre o tutor, y prefiriendo que sea el cónyuge, normalmente la mujer, quien resuelva-

esta cuestión.

La nueva solución legal debe estimarse digna de elogio y muy acorde con la realidad de la vida social y familiar española. Normalmente la mujer está perfectamente enterada de los problemas económicos del matrimonio, asiste al marido en la administración y gobierno de la casa y del patrimonio común y actúa en interés de la familia. Ello, unido al nivel cultural de la mujer en España, justifica plenamente que se la llame en este caso, menor de edad del marido, con preferencia a toda otra persona, con más razón y fundamento aún que se la llama y se la llamaba antes de la reforma en los casos anormales del matrimonio (art. 1.441 tanto antiguo como nuevo), algunos de los cuales son índice de que la mujer estaba al margen también anormalmente, de los problemas económicos matrimoniales". (29)

La fórmula legal vigente no prevee si el consentimiento de quién deba darlo puede ser suplido por el de otra persona en aquéllos casos en que el "llamado no quiere o no puede darlo. Parece correcto distinguir algunos casos.

Si el cónyuge mayor de edad no administrador niega expresamente el consentimiento, no cabe sea suplido -

por otro. Asi nos parece y tambien la parece a Sanz Fernández. (30)

Si el cónyuge mayor de edad no administrador no puede dar el consentimiento por estar en alguna de las siguientes situaciones :

- Si es incapaz ; aquí habría que incluir no solo a los casos de locura y sordomudez, sino tambien los casos de interdicción y prodigalidad.

- Si está ausente. Parece que no será precisa la declaración legal de ausencia ; bastará con que se hayan instado las medidas del art. 181, a juicio de Sanz Fernández. (31)

- Las situaciones del art. 1.441 o sea los casos de rebeldía en causa criminal, abandono de familia- o hallarse el cónyuge impedido para la administración. En estos casos hay una situación de imposibilidad de hecho de prestar el consentimiento.

- Finalmente porque el cónyuge llamado a dar el consentimiento haya muerto.

Parece que en tales casos podrá dar el consentimiento el padre, madre o tutor del emancipado, porque si estas personas son las llamadas a darlo cuando el cónyuge es menor de edad, sin duda por entender que no tiene la plena capacidad deseable, con -

más razón habrá de acudirse a ellas cuando el cónyuge no pueda darlo.

No se ha pronunciado el Código sobre la vieja - cuestión de si el tutor nombrado en este artículo - necesita o no a su vez autorización del Consejo de Familia, suponiendo se trate de casos en que el Código exige esta autorización (art. 269). Desde los primeros años de vigencia del Código, ya en su redacción anterior, se entendió que no hacia falta. - Lo resolvió la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1902, afirmando que la autorización - del Consejo de Familia solamente es exigible "cuando la tutela funciona en toda su integridad, cuando el tutor absorbe totalmente la personalidad del menor" no en este caso del artículo 59 (60 actual) en que el tutor actúa igual que el padre o madre en ese precepto, para garantizar los intereses del menor. En igual sentido la reciente Sentencia de 28 de noviembre de 1968. La opinión se recoge en la mayoría de los textos de nuestros civilistas, desde Manresa en adelante. (32)

A la vigente fórmula legal, se le puede oponer - el reparo de que exige calificar si el acto, contrato o pleito se refiere a bienes comunes o a bienes-

privativos, para legitimar a unas personas o a otras al efecto de dar el consentimiento ; y esta calificación no siempre será fácil, y en ocasiones podrá producir consentimientos ineficaces.

3.- Actos para los que el emancipado necesita con sentimiento.

Hechas estas consideraciones generales, para exponer concretamente los actos jurídicos que el emancipado por matrimonio puede hacer por sí sólo, o mejor, los actos que puede hacer sin el complemento de capacidad expuesto, se hace preciso distinguir tres situaciones : la del mayor de dieciocho años que ha contraído matrimonio con licencia de las personas a quienes corresponde darla para el matrimonio ; la del menor de dieciocho años, que ha contraído matrimonio con igual licencia ; y la de los que han contraído el matrimonio sin licencia, sean o no mayores de dieciocho años, aunque claro es que menores de veintiuno.

3,1) Mayor de dieciocho años que ha contraído el matrimonio con licencia de las personas que deban otorgarla.

3,1,1.- Regla General de Capacidad.

El emancipado en estas circunstancias queda habilitado para regir su persona y bienes como si fuera mayor de edad, salvo algunas restricciones. Esta es la regla general que se puede enunciar.

La afirmación de que el emancipado queda habilitado para regir su persona y bienes como si fuera mayor no existe en los artículos que el Código dedica de modo directo a los emancipados por matrimonio, -- que son el 315, el 60, el 61 y la regla segunda del 50. El 315 dice : El matrimonio produce de derecho la emancipación, con las limitaciones contenidas en los artículos 60 y 61 y en la regla segunda del 50". El 60, el 61 y la regla segunda del 50 señalan las restricciones que enseguida veremos. Pero no señalan contenido positivo al emancipado por matrimonio. La regla positiva enunciada existe en el artículo 317, -- que se refiere más bien a los emancipados por concesión. Pero es forzoso tomar de este precepto su parte positiva y aplicarla, como fórmula legal general, a los emancipados por matrimonio, porque de no hacerlo así llegaríamos al absurdo de que los emancipados por matrimonio solamente tenían restricciones, no te

nian facultades, no resultaban dotados de contenido positivo. Y si no empezamos por darles un cierto -- grado de capacidad, resulta imposible predicar -- = restricciones a esa capacidad.

Así pues, el emancipado por matrimonio queda habilitado para regir su persona y bienes, como si -- fuera mayor, con las limitaciones contenidas en los artículos 60, 61 y regla segunda del 50 ; no con -- las restricciones del artículo 317.

Es de notar que el artículo 315 solamente cita -- con referencia a los emancipados por matrimonio, -- los artículos 60, 61 y regla segunda del 50. No cita al artículo 62, párrafo segundo, donde se establecen limitaciones de capacidad procesal. Una interpretación superficial puede llevarnos a la idea de que la omisión del 62 en el 315 es un olvido debido a que una norma parecida al actual párrafo segundo del 62, estaba en el anteproyecto de la ley -- como párrafo segundo del artículo 61 ; y al cambiarlo de artículo no se corrigió el 315. En este sentido Sanz Fernández (33) . Después expondré una interpretación de esa colocación actual que me parece -- más satisfactoria, una interpretación donde se ve -- que no hay tal descuido u olvido por el legislador.

Esta regla general de capacidad se desenvuelve en la persona y en los bienes del emancipado, en su esfera personal y en su esfera patrimonial.

Veámoslas por separado aunque algunos actos tanto podrían situarse en una como en otra esfera por afectar a las dos.

3.1.2.- En la esfera personal.

El emancipado por matrimonio, mayor de dieciocho años, queda habilitado para regir su persona como si fuera mayor. En la esfera personal y familiar adquiere independencia jurídica. Deja de estar bajo la patria potestad (art. 167 nº 2) o bajo la tutela (art. 200 nº 1 ; art. 278 nº 1), según estuviese. - - - -

Por lo tanto, puede elegir y fijar libremente su domicilio, su vecindad civil y su nacionalidad. Es - decir, dentro de España puede ir a vivir a la ciudad que quiera y a la casa que desee. Puede cambiar de - régimen civil común o foral o viceversa, cambiando - la vecindad civil. Y en cuanto a nacionalidad son claros los artículos 18 y 22 del Código. El artículo 18 permite al emancipado ejercer la opción que pueda corresponderle para elegir nacionalidad española ; y -

el artículo 22 permite al emancipado mayor de dieciocho años perder voluntariamente la nacionalidad española.

La equiparación en la esfera personal del emancipado por matrimonio al mayor de edad, aunque - afirmada como regla general, produce algunas dudas. Veamos algunos casos :

Tiene la patria potestad sobre sus hijos propios, y puede representarlos legalmente, puntos éstos que nadie ha puesto en duda. Puede también ser tutor y vocal del Consejo de Familia, pero estos extremos han ofrecido duda a algún autor. A favor de la tesis permisiva milita, no solamente la equiparación del emancipado al mayor, sino las consideraciones de que el Código en dos casos de tutela legítima - los llama ; son el artículo 220 que concede la tutela de los locos y sordomudos "al cónyuge no separado legalmente", sin distinguir si tiene o no más de veintiún años, y el artículo 227 que concede la tutela de los pródigos "al mayor de los hijos varones emancipados". Igual norma permisiva ha de aplicarse a la tutela testamentaria.

Tampoco tiene duda de que el emancipado - puede reconocer hijos naturales.

Ya es más dudoso si puede aceptar el reconocimiento. El artículo 133 del Código parece exigir, para aceptar el reconocimiento, el ser mayor de edad. Pero en realidad no dice eso, sino que "el mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento." Nada se opone a que el emancipado sea equiparado a estos efectos al mayor de edad, pues estamos dentro de la esfera personal. Así lo entiende Puig Brutau. (34)

El problema tiene además otra derivación y es la de si el menor emancipado por matrimonio es reconocido unilateralmente por su padre (quien ignora que su hijo se casó). ¿Puede impugnarlo?. Parece correcto admitirle la impugnación que estaría fundada en su falta de consentimiento y que en su estado de emancipado le equipara al mayor de edad para regir su persona y bienes..

Más dudoso es si el emancipado puede adoptar. A primera vista parece absurdo plantearlo ya que el Código exige para adoptar al menos treinta años -- cumplidos. Pero el mismo artículo 172 del Código -- permite la adopción por marido y mujer con tal de que uno de ellos haya alcanzado esa edad, con lo que es posible que el otro cónyuge adoptante tenga

la edad y la condición de emancipado por matrimo--
nio. Una posición o solución es negarle que pueda--
adoptar porque el artículo 172 del Código exige --
también que el adoptante "se halle en el ejerci---
cio de todos sus derechos civiles" y el emancipa--
do no lo está ya que algunos actos jurídicos no --
los puede realizar por sí sólo ; no tiene "todos"-
los derechos civiles. No obstante Méndez Apenela -
cree que puede adoptar por su equiparación al ma--
yor de edad. (35)

El emancipado puede ser mandatario. Lo permite--
expresamente el artículo 1.716 del Código, que aña
de "pero el mandante sólo tendrá acción contra --
él en conformidad a lo dispuesto respecto a las --
obligaciones de los menores". Este final del pre--
cepto se suele entender en el sentido de que el --
emancipado tan sólo será responsable, por conse---
cuencia del mandato, en cuando se haya enriquecido.
Castro se opone a esta interpretación alegando ---
precedentes históricos y de derecho comparado, y -
cree que el mandatario emancipado responderá, por-
regla general, con todos sus bienes, y que en cam-
bio los emancipados sujetos al artículo 50 del Có-
digo, no podrán obligar a los bienes cuya adminis-

tración no se les haya entregado.(36)

También se discute si puede conceder poderes, sin limitación. La postura usual es la de entender que -- solamente los puede dar para aquéllos actos que puede realizar por sí sólo ; y que para los actos en -- que necesita consentimiento complementario también -- precisa ese consentimiento para otorgar el poder. Méndez Apenela cita en apoyo de esta posición las sentencias de 17 de Diciembre de 1918, 4 de Noviembre de -- 1925 y 28 de Septiembre de 1968. Pero no se vé razones de peso para esta posición negativa. El consentimiento negocial lo dá el emancipado, aún en los ca-- sos en que precise consentimiento complementario. No se alcanza por qué impedirle que ese consentimiento--negocial se manifieste mediante un apoderado, quien-- al celebrar el contrato deberá obtener el consenti-- miento complementario que la Ley exija, concreto y -- especialmente concedido al acto de que se trate. Así lo entendió la famosa Resolución del Ministerio de -- Ultramar de 20 de Marzo de 1897, y lo cree hoy Mén-- dez Apenela.(37)

Dentro de esta esfera personal se puede colocar -- el problema de si el emancipado puede ser testigo en los testamentos, y si puede otorgar testamento oló--

grafo. El artículo 681 nº 1 dice que no podrán ser testigos los menores de edad ; y el 688 dice que el testamento ológrafo solo podrá otorgarse por persona mayores de edad. La opinión más usual es la de entender que los emancipados quedan excluidos en ambos casos y así puede verse en Castán (38) y Roca Sastre (39).

Castro en cambio con referencia al ológrafo opina que no hay razón para excluir al emancipado -- pues también este caso puede aplicarse la regla general de equiparación al mayor de edad. (40)

Dudoso resulta si el emancipado puede ser albacea. Buena parte de la doctrina lo niega, ni aún con consentimiento del padre, madre o tutor, fundados en el último párrafo del artículo 893 que dice "el menor no podrá serlo ni aun con autorización del padre o del tutor". Este menor ha de ser, dicen, el emancipado, pues el no emancipado evidentemente no puede serlo porque no tiene capacidad para obligarse, requisito que exige el mismo artículo 893. Otros autores defienden el que pueda ser albacea por la equiparación del emancipado al mayor de edad, por analogía con el mandatario, y sobre todo porque el emancipado mayor de dieciocho -

años tiene capacidad para obligarse, que es la capacidad que explícita y concretamente exige el artículo 893 del Código. No puede decirse lo mismo para el emancipado menor de dieciocho años.

También dentro de la esfera personal puede tratarse el problema de si el emancipado puede dar consentimiento a su cónyuge en los casos en que sea éste necesario, no por aplicación de los artículos 60 y 61, sino por aplicación de otros preceptos legales: el 1.413 y el 1.361 del Código civil.

En cuanto al artículo 1.413, Cossio cree que la emancipada no puede dar el consentimiento uxorio por sí sola, y tampoco con consentimiento de su padre, madre o tutor porque ello va contra la dignidad del jefe de familia que es el marido al supeditar facultades propias a personas ajenas, lo que le lleva a la conclusión de que solamente puede el marido en tales casos disponer mediante licencia judicial supletoria.(41)

Rodríguez Adrados y Lacruz creen, al contrario, que la mujer emancipada puede por sí sola dar el consentimiento uxorio del 1.413, puesto que ella no dispone; dispone el marido mayor de edad y ella consiente, para lo cual basta la capacidad general para

obligarse, que tiene la emancipada mayor de dieciocho años (no se puede decir lo mismo de la menor de dieciocho años). (42) (43)

Cámara, en cambio, sostiene que la emancipada, -- aún mayor de dieciocho años precisa el consentimiento de su padre, madre o tutor para las enajenaciones o gravámenes de bienes inmuebles, pero no para las de establecimientos mercantiles, ya que a éstos no se refiere el artículo 59 (hoy 61) del Código civil, porque mediante su consentimiento la mujer hace firme una enajenación o gravamen de un bien que en cierto modo le pertenece en la medida en que participa como comunera del patrimonio ganancial (44). Cámara, siguiendo a Ennecerus al que cita, entiende que, aunque el asentimiento a un negocio de disposición no se confunde con éste, equivale a una disposición para el que asiente. Por eso, tratándose de mujer menor de dieciocho años cree que también han de prestar su consentimiento el padre, madre o tutor de ella en las enajenaciones de establecimientos mercantiles.

En cuanto al artículo 1.361 del Código civil, -- también se ha planteado el problema de si el marido menor de edad puede dar el consentimiento que ese --

artículo exige para que la mujer pueda enajenar, gravar o hipotecar los bienes de la dote inestimada. La doctrina patria se manifestó con referencia a la redacción anterior de este artículo, que empleaba la palabra licencia en vez de la palabra consentimiento, y en general entendió que el marido necesitaba a su vez consentimiento de su padre, madre o tutor. Así lo afirma Castán,(45) que cita en su apoyo a Sánchez Román, Scaevola, Manresa y De Diego. No dá razones. Puig Brutau enfoca el problema sobre la base de la licencia, y no puede menos de reconocer que el marido debería poder dar por sí solo la licencia porque no es el marido menor quien dispone sino la mujer, y porque la licencia solo tiende a evitar disparidad de criterios en la familia ; pero a pesar de ello se inclina a la opinión de Lacruz, de que hace falta el plus de consentimiento del padre, madre o tutor.(46) Las razones que toma de Lacruz son las que éste alegó en su edición de 1963, a saber la de que con la enajenación nace para el marido la obligación de -- constituir hipoteca legal, y la de que no es indiferente al marido que su derecho de goce verse sobre unos u otros bienes. (47)

En su edición de 1974 aclara más la cuestión y di-

ce que en los bienes dotales inestimados el marido tiene un derecho de usufructo, individualizado sobre cada uno de esos bienes ; la enajenación, por lo tanto debe ser hecha por ambos cónyuges, siendo incorrecta la redacción del Código que habla de -- que enajena la mujer, hasta el punto de que la mujer no puede por sí sola enajenar el derecho semejante al de la nuda propiedad que le compete sobre los -- bienes dotales inestimados. La intervención del marido significa enajenación de su propio derecho, y si es emancipado necesita la intervención de las -- personas señaladas en los artículos 59 (hoy 61) y -- 317 del Código civil, si la enajenación se refiere a inmuebles. (48)

La sentencia de 3 de Marzo de 1911, en un caso de licencia para enajenar bienes parafernales, declaró que el marido menor precisaba el consentimiento de su padre, madre o tutor.

La extinción de la patria potestad o de la tutela en que estuviese quien adquiere la emancipación por matrimonio, lleva consigo la extinción de los derechos del padre o del tutor sobre los bienes del hijo, por ejemplo la extinción del usufructo paterno del artículo 160 del Código civil, y la adminis-

tración, de que habla el artículo 159 para el padre y el 264 para el tutor. Y también el que el padre no responderá de los perjuicios que cause el hijo emancipado, aunque viva en su compañía (art. 1.903-C.c.)

El emancipado que contrae segundas nupcias no precisa el consentimiento o licencia de las personas a quienes corresponde otorgarla, aunque todavía no haya cumplido los veintiún años. Así lo dispone el artículo 45 del Código. Esta no necesidad de tal licencia no es consecuencia de la extinción de la patria potestad o tutela, puesto que extinguida está también en caso de emancipación por concesión, y sin embargo al emancipado por concesión no se le exige de dicha licencia.

Al no necesitar licencia para casarse, tampoco necesita la intervención de esas personas para otorgar el contrato de capitulaciones matrimoniales correspondiente a esas segundas bodas. Y por lo tanto podrá hacer en esas capitulaciones las donaciones por razón de matrimonio que quiera dentro de los límites que señala el artículo 1.331 del Código civil. (art. 1.329 C.c.). Las donaciones por razón de matrimonio que quisiera hacer fuera de capitulaciones matrimoniales quedarán sujetas al régimen de enaje-

nación de bienes que enseguida veremos.

3.1.3.- En la esfera patrimonial.

En la esfera patrimonial la regla general es también de capacidad. El emancipado queda habilitado para regir su persona y bienes como si fuera mayor de edad. Pero en esta esfera patrimonial es donde se producen más restricciones, es para la que el Código civil establece de modo expreso ciertas restricciones, lo que como es lógico hace surgir el problema de interpretación. Por otra parte es la esfera de mayor aplicación práctica, pues pocos emancipados plantearán problemas personales, de si pueden ser testigos en un testamento, o pueden ser albaceas. En cambio se plantea con frecuencia si el emancipado puede adquirir o enajenar bienes.

El artículo 61 del Código, fundamental en esta materia, dice : "En ningún caso, mientras no lleguen a la mayor edad, podrá el marido o la mujer, sin consentimiento de las personas mencionadas en el artículo anterior, tomar dinero a préstamo, gravar ni enajenar bienes raíces." - Hay que tener en cuenta también el párrafo segundo del artículo 62 que dice : "El casado menor de edad necesitará para

comparecer en juicio, según los casos, el consentimiento de las personas mencionadas en los artículos 60 y 61".

Se hace preciso al llegar aquí, comparar estos - textos, hoy vigentes, con el artículo 317, también-vigente, y con el artículo 59 anterior a la reforma.

El artículo 317 del Código, no ha sido objeto de reforma y se considera como precepto que regula los efectos para el menor emancipado por concesión, y - en general, la situación jurídica del menor emancipado. Tras la parte de contenido positivo ya enunciada, (" La emancipación habilita al menor para re gir su persona y bienes como si fuera mayor"), seña la las restricciones a que queda sujeto : "... Pero- hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emanci pado tomar dinero a préstamo, gravar ni vender bie- nes inmuebles sin consentimiento de su padre, en de fecto de éste, sin el de su madre, y por falta de - ambos, sin el de un tutor. Tampoco podrá comparecer en juicio sin la ~~asistencia~~ asistencia de dichas personas".

El artículo 59 antiguo regulaba primeramente la- situación del emancipado menor de dieciocho años, y en su párrafo último decía : "En ningún caso, mien-

tras no llegue a la mayor edad, podrá el marido - sin el consentimiento de las personas mencionadas én el párrafo anterior, tomar dinero a préstamo, - gravar ni enajenar los bienes raíces".

Resulta, pues, que el emancipado por matrimo-- nio, mayor de dieciocho años, podía realizar antes de la reforma, y también puede realizar despues - de la reforma, toda clase de actos de administra-- ción de su patrimonio, pues esa clase de actos no le están prohibidos. Tambien puede en general rea-- lizar toda clase de actos y contratos, incluso -- los que excedan de la mera administración, y los-- que sean de disposición, con tal de que no sean - aquéllos que enumera el Código y para los que el-- mismo Código exige el consentimiento complementa-- rio de determinadas personas. No hay ninguna pro-- hibición general de actos de gravamen o disposi-- ción. So-lamente le están restringidos algunos -- concretos ; y solamente para esos se puede exigir el complemento de capacidad, pues no podemos apli-- car la restricción a supuestos distintos, a casos distintos de los expresamente comprendidos (art.- 4 C.c.). En materia de restricciones a la capaci-- dad, no cabe criterios extensivos, opuestos a los

del legislador, que conduzcan a la privación de derechos que éste no haya negado expresamente, dice el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de Mayo de 1929 ; y el tema de incapacidad es de interpretación restrictiva, dice la Sentencia de 6 de Mayo de 1944, citadas ambas por Castro quien cita también varias Resoluciones de la Dirección General de los Registro y del Notariado, en el mismo sentido. (49)

La frase del artículo 61 actual, "tomar dinero a préstamo, gravar ni enajenar bienes raíces" es idéntica a la que tenía el artículo 59 derogado. Y es muy parecida a la del artículo 317, que dice "tomar dinero a préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles", Varía el verbo enajenar por el de vender, pero se interpretan por equivalentes. Así lo han entendido y afirmado buena parte de nuestros autores, de los que podemos citar a Castán (50), Pérez González y Alguer (51), Castro (52), Díez Picazo y Guillón, (53) y otros más que a su vez son citados por los anteriores. Dicen a este respecto los anotadores de Ennecerus que "sería absurdo considerar prohibido un acto de enajenación cuya causa sea la venta y se estimase permitido un acto de enajenación -

cuya causa fuese la donación" siendo ésta más perjudicial para la economía del emancipado.

Restricciones.

Conviene aclarar y precisar en lo posible el alcance de las restricciones que de modo directo establece el Código civil, desmenuzando las frases legales para ver qué actos están comprendidos en ellas, y por tanto sujetos a restricción, y qué actos no lo están.

No puede el emancipado, tomar dinero a préstamo. Dice en este punto Castro : "En el Código civil se prohíbe al emancipado el tomar dinero a préstamo, no ya por temor a los crímenes del hijo (se refiere al Derecho romano donde Vespasiano estableció la prohibición como consecuencia de un parricidio instigado por el usurero Macedón), ni siquiera en odio a la usura, sino como protección al emancipado frente a los peligros del vivir de prestado"... "se quiere evitar que pueda vivir en la molición, a costa de sus esperanzas sucesorias" (54).

Está prohibido tomar dinero a préstamo. No están por lo tanto prohibidos : el dar dinero a préstamo; el recibir en préstamo o mútuo otras cosas fungibles que no sean dinero ; el comodato ; el comprar o el - tomar en arrendamiento con aplazamiento del precio o de la merced a pagar.

Más dudoso es si puede salir fiador de tercera -- persona, Castán incluye la fianza entre los actos - jurídicos que no puede hacer el emancipado (55) fundándose en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 - de junio de 1941 que así lo declaró. Por el contra-- rio Castro entiende que sí puede, y rechaza lo decla-- rado por la Sentencia, con buenos argumentos (56). - Los argumentos más fuertes del Supremo son que el -- fiador, si bien no impone un gravamen directo sobre sus bienes inmuebles, compromete o puede comprometer dichos bienes ; y que podría eludirse fácilmente la prohibición de tomar dinero a préstamo, "contrayéndo se la obligación principal a nombre de persona dis-- tinta, con la fianza del menor". Rechaza Castro el - primer argumento diciendo que supondría negar eficacia a la emancipación, pues cualquier contrato, cual quier obligación que contraiga, compromete todo su -

patrimonio, todos son bienes muebles e inmuebles, - presentes y futuros (art. 1.911 C.c.) ; y en cuanto al segundo argumento porque el peligro de burlar la prohibición de tomar dinero a préstamo, aparte - de ser más o menos remoto, pues exige la colaboración de tercera persona que también queda obligada a pagar, tiene o debe tener su remedio, no en prohibir la fianza, sino en la acción de nulidad por simulación por persona interpuesta. A pesar de tales argumentos, un poco más adelante Castro incluye en la prohibición el contrato fraudulento de fianza para que el dinero obtenido pase al menor. (57)

La aceptación de ~~letra~~ de cambio, por su carácter abstracto, ofrece también duda. La sentencia antes citada, de 27 de Julio de 1941, muestra opinión contraria a que el emancipado celebre contratos abstractos, postura que encaja con el uso que suele hacerse de la letra para obtener un crédito. También Castro se muestra favorable a incluirla en la prohibición : "cae dentro de la prohibición -dice- todo acto que tenga la misma finalidad que el préstamo ; - la apertura de una cuenta corriente de crédito, la emisión o aceptación de una letra de cambio para ob

tener un préstamo, etc.. (58). Sin embargo no puede darse una regla tan general ; a pesar del carácter abstracto de la aceptación en cuanto a la letra misma, donde no se expresa causa, habrá que examinar en cada caso la verdadera relación causal que produce la aceptación, pues si estamos conformes en que el emancipado puede comprar con precio aplazado, -- habrá que concederle capacidad para firmar las letras de cambio correspondientes a los plazos pendientes de pago.

No puede el emancipado, gravar ni enajenar los bienes raíces.

Dos conceptos entrán aquí : el de actos de enajenación o gravámen, y el de inmueble.

En cuanto al de enajenación, es un concepto más restringido que el de disposición, y que se contrapone con frecuencia al de negocio obligacional, y al de acto de administración. No es el momento de entrar en el estudio de estos conceptos. Baste indicar para nuestros fines, que por acto de enajenación se entiende aquél por el que se transmite un derecho --

subjetivo, que constituye un elemento estable del patrimonio del enajenante ; transmisión que puede ser total o parcial. No son actos de enajenación aquéllos por los que se enajena ciertamente algo, pero que no es un elemento estable del patrimonio, como son los frutos, puesto que su enajenación es la forma de aprovechamiento de los bienes que producen tales frutos.

En cuanto a inmuebles, hay que atenerse a los que el Código considera como tales en el artículo 334 -- del Código civil. Por lo tanto los bienes muebles -- por naturaleza que están unidos permanentemente a un inmueble, o por destino, quedan incluidos en el concepto de inmueble. Pero dejan de serlo cuando su separación constituye el aprovechamiento en ciclo normal del inmueble, por ejemplo los dichos frutos, los árboles cortados según planes de aprovechamiento forestal, las máquinas o utillaje que se deban renovar, etc..

La determinación concreta de actos que quedan incluidos en la prohibición o excluidos de ella, es materia sobre la que conviene indicar algunas ideas -- pues si en ocasiones parece clara la cuestión, no --

es así en otros casos.

Están claramente incluidos en la prohibición, la venta, la permuta, la dación en pago, la donación, la cesión a cambio de renta vitalicia, la transacción y el compromiso, la constitución o cesión, por alguno de los dichos conceptos, de derechos reales de usufructo, uso, habitación, servidumbres, censos, hipotecas, anticresis u otros derechos reales ; todo ello referido a inmuebles.

En cuanto a la transacción, sin embargo, hay que hacer una aclaración. La doctrina usual es la indicada, de que no puede hacerla el emancipado cuando se refiere a inmuebles. Sin embargo indica Méndez Apenela que lo que debe considerarse limitado es el transigir sobre relaciones jurídicas de las que el emancipado no puede disponer, como el préstamo dinerario, y la enajenación de inmuebles o su gravámen; pero tendrá plena capacidad para transigir por sí solo sobre inmuebles cuando la relación jurídica -- controvertida y objeto de la transacción esté dentro del ámbito de su poder de disposición ; así, podría transigir sobre la división del inmueble común, o sobre cancelación de hipoteca. (59)

84

Y en cuanto al compromiso, conforme a la ley de arbitrajes de 22 de Diciembre de 1953, hay que distinguir el contrato preliminar de arbitraje, para el que basta la capacidad general para contratar y por tanto puede hacerlo el emancipado sin consentimiento de su padre, madre o tutor (art. 7) ; y el contrato de compromiso, para el cual se exige la capacidad para enajenar, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes a que se afecte el compromiso - (art. 13); por lo que el emancipado necesitara el dicho consentimiento solamente cuando se refiera a inmuebles. Si celebrado el contrato preliminar de arbitraje, surge una cuestión sobre inmuebles que deba someterse al juicio de árbitros, es lógico - que, como dice Diez Picazo, mientras no llegue el emancipado a la mayoría de edad o no obtenga el consentimiento de su padre, madre o tutor, no podrá comprometer ni ser compelido a comprometer. -- (60).

Incluidos los negocios jurídicos antes enumerados, quedan excluidos en consecuencia los mismos - negocios de enajenación o gravámen cuando se refieran a bienes muebles, por mucho valor económico -- que tengan : establecimientos mercantiles, títu--

los valores, joyas, etc.. Y los de enajenación de dinero, o sea, los de compra, incluso cuando compre inmuebles. En este punto, ya he dicho antes - que el emancipado puede comprar con precio aplazado, porque esa deuda del precio aplazado no significa tomar dinero a préstamo. Más dudosos son los supuestos en que el precio aplazado quede garantizado con condición resolutoria o con hipoteca. En buenos principios jurídicos debe sostenerse que - no hay constitución de un gravamen sobre inmueble, como acto distinto de la compra, sino solamente - una compra con condiciones ; si el emancipado puede comprar una finca ya hipotecada, imputando la hipoteca que asume a parte del precio, no se vé razón para que no pueda comprarla hipotecándola simultáneamente, por parte de precio, en favor del vendedor. Sin embargo es frecuente en la práctica el criterio de exigir el consentimiento, por estimar que el documento de la compraventa contiene - dos negocios jurídicos, uno de compra, y otro de hipoteca ; admitiéndose en cambio capacidad al -- emancipado cuando el precio aplazado queda garantizado con condición resolutoria, solución un tan

to absurda pues la condición resolutoria parece más dañosa para el emancipado que la hipoteca.

No están incluidas las enajenaciones de la propiedad intelectual o industrial, por mucho valor que tengan, ya que no se puede calificar esos derechos como bienes inmuebles.

Resulta alguna duda con referencia al buque. Según el artículo 585 del Código de Comercio, el buque tiene la consideración de bien mueble. En cambio, según la Ley de hipoteca naval de 21 de agosto de 1893, los buques tienen la consideración de bienes inmuebles. La interpretación más usual es la de que el emancipado, sin consentimiento complementario, puede venderlo pero no puede hipotecarlo ; es decir, puede lo más y no puede lo menos. Una segunda interpretación es algo más constructiva pero más dudosa legalmente : Entiende que la razón por la que la Ley de hipoteca naval declaró el buque bien inmueble "para éste solo efecto" (art. 1), para el efecto de la hipoteca, fué la regla entonces vigente de que solamente los inmuebles se podían hipotecar. Hoy no es así, puesto que nuestro Derecho señala la distinción entre hipoteca y prenda no por razón

de que recaigan sobre inmuebles o muebles, sino -- por razón de que no lleven desplazamiento de posesión o sí que la lleven, y en razón a su aptitud para ser objeto de un sistema de registro que sea instrumento adecuado de publicidad con todas sus consecuencias. Sigue vigente la ficción de la ley de hipoteca naval, pero parece indudable que la verdadera naturaleza de las cosas exige considerar el buque como bien mueble, y por lo tanto reiterar la posibilidad de que el menor emancipado pueda enajenarlo y hasta afirmar que también puede hipotecarlo. En este sentido Cámara con referencia al problema del artículo 1.413 del Código civil. (61)

No están prohibidos otros actos que se refieran a inmuebles, y que no son de enajenación o -- gravámen, aunque puedan ser calificados de actos de disposición, o de actos de riguroso dominio ; y tampoco están prohibidos los actos de administración. En este punto han existido no pocas dudas, y las sigue habiendo. Veamos algunos casos.

Está hoy admitido por la doctrina, y se ha -- pronunciado la jurisprudencia en su favor, que --

el emancipado puede partir la herencia (Resoluciones de 7 de Enero 1907, 30 Enero 1911, 1 Junio -- 1916, 28 Mayo 1917, 21 Diciembre 1921, 21 Febrero- 1923) ; por lo que puede tambien liquidar la sociedad de gananciales como acto previo a la partición, (Resolución 21 Diciembre 1929). Tambien puede cancelar hipotecas, pues la hipoteca es accesoria de un crédito, y si puede, y hasta debe, cobrar el crédito, necesariamente ha de poder cancelar la hipoteca que lo garantiza. Así lo declaró hace muchos - años con referencia al menor y lo ha reiterado más recientemente con referencia al artículo 1.413 reformado en 1958.

Puede también, a juicio de la doctrina, modificar hipotecas, aunque solamente en algunos casos, - cuando no signifique nuevo gravamen. Por ejemplo - puede distribuir las responsabilidad que gravaba - una sola finca entre las varias que resulten de dividir dicha finca, división en lotes, o segrega---ción que tambien puede efectuar por sí solo el -- emancipado, como asimismo puede constituir fincas - en régimen de propiedad horizontal, ya que tanto - en las segregaciones como en las divisiones de ca-

sas por pisos no hay acto de enajenación. Puede - también disolver condominios, aunque este negocio habrá que examinarlo con más detenimiento en cada caso concreto porque puede significar una verdadera enajenación (percibir un lote formado por metálico o compensaciones en metálico, exclusiva o casi exclusivamente). Puede modificar fincas registrales, rectificando linderos o cabidas, efectuar agrupaciones, etc.. Puede contratar la construcción de edificios sobre terrenos propios, o efectuar plantaciones, y hacer las declaraciones de obra correspondientes.

Consentir en el ejercicio de un retracto, convencional o legal, y en la enajenación consiguiendo en favor del retrayente. Parte de la doctrina estima posible el consentimiento del emancipado - por sí sólo, por entender que no enajena nada, - sino que simplemente permite la realización de un derecho ya existente en favor del enajenante. Se encuentra apoyo en la resolución de 22 de Mayo de 1926 que lo permitió a un padre en nombre de sus hijos menores sin necesidad de autorización judicial. Pero otra parte de la doctrina no está muy-

segura : consentir el retracto significa reconocer - que se han dado todos los requisitos legales para- el nacimiento del derecho del retrayente, y eso es - algo equivalente a una transacción, por lo que habrá de contar el emancipado con el consentimiento complementario de su capacidad.

Hay más unanimidad en entender que el emancipado puede reconocer el documento privado de venta firmado por su causante.

En materia de retractos y otros derechos de adquisición preferentes tambien se plantea duda si puede el emancipado, sin consentimiento complementario, renunciar a esos derechos, sean de origen legal o de origen convencional.

En esta materia de renunciaciones existe la dificultad de la naturaleza varia que tiene la renuncia, y de la amplitud con que en ocasiones se emplea esta palabra. Debemos considerar que no es renuncia la llamada renuncia traslativa, porque en ella hay en realidad una enajenación a la persona a cuyo favor se renuncia ; y admitir como renuncia solamente la abdicativa. Significa ésta una dejación o abandono de un derecho, y en los casos de renunciaciones a un derecho --

preferente, tanteo, retracto, opción, significa una no adquisición. Muy bien se puede defender que talrenuncia abdicativa no es ni siquiera un acto de --disposición. En todo caso, no es un acto de enajenación. Esto, suponiendo que tales derechos deban calificarse de bienes inmuebles, cosa un tanto dudosa aún en el caso de que se refieran a inmuebles, puesto que se discute bastante sobre la naturaleza, --real o nó, de esos derechos. Se concluye, pues, en estos derechos, afirmando la posibilidad de su renuncia por el emancipado, sin consentimiento complementario.

En el arrendamiento ocurre algo parecido. Tam---bien es polémica la naturaleza real o personal de este derecho, y conocida la postura intermedia que lo considera personal en principio y real en los casos en que se inscribe en el Registro de la Propiedad. Hay opiniones autorizadas, como la de Castro (62) y la de Cámara (63) que entienden que el arrendamiento de inmuebles urbanos sujeto a la Ley especial, debe considerarse como un verdadero gravamen sobre inmueble debido a la prórroga forzosa en favor del inquilino. Tan grave y peligroso es un arren

damiento por más de seis años, inscribible en el Registro (art. 2 nº 5 Ley Hipotecaria) como el arrendamiento de una finca urbana, sin sujeción a plazo, y que por imperativo de la Ley tenga prórroga forzosa, y de hecho duración de muchos años. La jurisprudencia sostiene la distinción que acabo de expresar y así, la sentencia de 3 de Diciembre de 1954 declara que el derecho de arrendamiento "en nuestro sistema positivo constituye por regla general un acto de mera administración, a no ser que se concierne por un plazo de duración superior a seis años" y que "cuando se concierta por tiempo indefinido, tal estipulación no implica cláusulas de perpetuidad, - ni que se haya pactado por más de seis años". La - prórroga forzosa, según la Jurisprudencia, no altera el carácter personal del derecho de arrendamiento. Con lo que el emancipado podrá celebrar tales - contratos sin consentimiento complementario.

En la legislación especial de arrendamientos rústicos, el texto refundido de la Ley de 15 de Marzo de 1935, publicado por Decreto de 29 de abril de - 1959 dispone que los menores emancipados podrán -- arrendar por sí, sin necesidad de asistencia de su-

padre, madre o tutor, cuando el plazo no exceda del mínimo que dicha ley establece y no perciban anticipadamente rentas superiores a tres anualidades. -- (art. 3, 1, d).

La aportación de bienes inmuebles a una sociedad. La Dirección de los Registros afirmó su posibilidad en Resoluciones de 12 de Julio de 1916 y de 27 de Julio de 1917. Pero la doctrina discute la cuestión. Algunos afirman también su posibilidad por entender que la aportación es un contrato especial, no transmisivo, sino de comunicación de bienes, posición -- que aparte el aspecto civil tiene importantes repercusiones fiscales. Así lo sostuvo Roca Sastre en un famoso trabajo. (64)

Otros autores, y su opinión parece más firme, entienden que hay enajenación porque el inmueble pasa desde el patrimonio del emancipado al patrimonio de la Sociedad, que tiene su personalidad jurídica independiente. Así lo entienden Castro (65), Martínez Almeida (66), Cámara (67), Albaladejo (68).

Por parecidas razones entiende Castro que también queda restringida al emancipado la constitución de una comunidad de bienes inmuebles, aportando él-

uno de tales bienes, pues se transmite a tercera -
 persona una cuota indivisa en el dicho inmueble. -

(69)

La posposición de hipoteca. Es tambien discuti-
 do. Tambien la Dirección General de los Registros
 lo admitió en Resolución de 20 de marzo de 1898. -
 Castro hace una dura crítica de esta Resolución y
 entiende que no puede hacerla el emancipado sin el
 consentimiento complementario, porque, dice : "La
 posposición de la hipoteca, como toda cesión de --
 rango real, significa la transmisión de la facul--
 tad o privilegio de ejercitar con preferencia un -
 derecho ; o sea, de una facultad independizada de-
 igual naturaleza que el derecho a que acompaña --
 (aquí la hipoteca), y por tanto supone, jurídica y
 prácticamente la enajenación de un bien inmueble -
 (art. 334 nº 10 C.c.)(70). Ya habian manifestado -
 su disconformidad con la Resolución, Pérez Gonzá--
 lez y Alguer, (71). Sin embargo posteriormente Méndez Apenela cree fundada la posición de la Direc--
 ción de los Registros y critica la tesis negativa-
 de Castro. (72)

Aceptación y repudiación de herencias : Castán-
 inicialmente declaró que no puede hacerlo el eman-

cipado, sin el complemento de consentimiento, porque el artículo 992 del Código exige, para esos actos, tener la libre disposición de los bienes. Y -- apoya su opinión con la de Manresa, Sanchez Román, Valverde, Scaevola y De Buen (73). Pero años des--pués ya señala que es dudoso, y que la doctrina -- más reciente tiene opinión favorable al emancipa--do ; cita a Borrel, a Roca Sastre en las Anotacio--nes de Ennecerus, y a Santamaria (74). A estas ci--tas puedo añadir la de Castro, que dá buenos argu--mentos : que el artículo 992 exige la libre dispo--sición de los bienes, pero el emancipado no tiene--restringida la disposición de todos sus bienes, si no solamente determinados actos de disposición, -- los de enajenación y gravamen de inmuebles, que no comprenden la aceptación o repudiación de herencia. Que en el derecho histórico el emancipado podía -- efectuar tales actos. Y que el artículo 992, párra--fo segundo, que se refiere a los menores, lejos de incluir a los emancipados como Castán afirma di---ciendo que la Ley no distingue, en realidad los excluye "porque el artículo 992 implica la aplica---ción del artículo 269 núm. 10, no utilizable res--

pecto al emancipado, ya que la emancipación extingue el Consejo de Familia." (75)

No podrá comparecer en juicio.

Si comparamos los textos actuales, antes citados, con el antiguo artículo 59, se vé enseguida - que la reforma ha introducido en materia de capacidad del menor emancipado por matrimonio, que tenga más de dieciocho años, una importante novedad : la de exigir el consentimiento de determinadas personas para que dicho emancipado pueda comparecer en juicio, en algunos casos.

El antiguo artículo 59 exigía esa complemento - de capacidad solamente para los emancipados por matrimonio que fueran menores de dieciocho años, -- pues la restricción estaba escrita en el mismo párrafo que se refería a dichos menores de dieciocho años, párrafo que era el segundo del artículo. No alcanzaba a los emancipados de más de dieciocho años, a los que el artículo dedicaba el párrafo -- tercero.

Hubo algún autor que quiso extender a los mayores de dieciocho años esa restricción, alegando -- que la frase donde se exigía el consentimiento es-

taba colocada fuera de sitio, y que además la exigencia venía impuesta por aplicación del artículo-317 del Código, que venía a ser como la doctrina general de la capacidad de los emancipados. Pero prevaleció la opinión contraria, o sea, la de que no era precisa la intervención de esas personas en los emancipados por matrimonio mayores de dieciocho años. Pueden verse estas opiniones en Castro (76) y en Díez Picazo (77).

El nuevo artículo 62 modifica esa interpretación usual. Establece una sola norma, referida a todos los casados menores de edad, y por lo tanto sean mayores o menores de dieciocho años. Y establece : "El casado menor de edad necesitará para comparecer en juicio, según los casos, el consentimiento de las personas mencionadas en los artículos 60 y 61."

La frase "según los casos" presenta dudas de interpretación.

Una primera interpretación es la de que el emancipado por matrimonio necesita siempre un complemento de capacidad para comparecer en juicio ; y que "según los casos" ese complemento lo dará una-

u otras personas : si se trata de pleitos sobre bienes o derechos comunes, el cónyuge si fuera mayor de edad ; si sobre bienes o derechos privativos, el padre, madre o tutor del emancipado, quienes también lo darán en asuntos comunes cuando el cónyuge llamado a dar el consentimiento fuere menor de edad. Asi lo entiende Sanz Fernández. (78)

Esta interpretación lleva a equiparar al emancipado por matrimonio con el emancipado por concesión, a quien el artículo 317 del Código exige consentimiento complementario en toda comparecencia en juicio. Se dice tambien que es la interpretación más en consonancia con el artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que permite la comparecencia en juicio solamente a los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, y el emancipado no lo está, sino que tiene algunas restricciones. Asi lo indican Díez y Picazo y Gullón en determinado pasaje de su obra.(79)

Pero esta interpretación no satisface, porque: En cuanto al artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ésta ley no puede tener alcance substantivo en materia de capacidad ; es el Código civil

el que tiene que decidir si el emancipado tiene o no la plenitud de ejercicio de sus derechos civiles, (80). Porque hasta la reforma de 1975, no -- existió equiparación, en lo procesal, entre el -- emancipado por concesión y el emancipado por matrimonio, y fué aceptado que éste tenía mayor capacidad procesal que aquél. Y porque, sobre todo, el artículo 62 se remite no solamente al artículo 60, que es el que distingue entre bienes privativos y bienes comunes, sino que se remite también al artículo 61, y éste solamente se refiere a negocios jurídicos que consistan en tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes raíces. Si el artículo 62 solamente quería distinguir los casos de bienes comunes y bienes privativos, hubiera -- bastado que se remitiese al artículo 60. Remitiéndose también al 61 permite interpretar que ha querido distinguir, no solamente entre bienes privativos y bienes comunes, sino también entre actos de administración (art. 60) y actos de tomar dinero a préstamo, gravar y enajenar bienes raíces -- (art. 61).

Con esta interpretación, el resultado para el emancipado por matrimonio mayor de dieciocho años

es que solamente precisa consentimiento de ciertas personas, cuando el pleito en que quiera comparecer se refiera a negocios jurídicos de préstamo, enajenación o gravamen de bienes inmuebles, no en los demás casos ; y ese consentimiento lo dá : tratándose de pleitos sobre bienes comunes, el otro cónyuge si fuere mayor de edad. Tratándose de pleitos sobre -- bienes privativos, el padre, madre o tutor del emancipado , quienes también son llamados a darlo, aunque se trate de bienes comunes, si el otro cónyuge, -- el que habría de dar el consentimiento por ser bienes comunes, es menor de edad.

Esta interpretación es la que resulta de las palabras de la Ponencia de la Comisión de Justicia en el debate de Las Cortes que aprobó la Ley de 2 de Mayo de 1975. El señor Cremades Royo, contestando a la señorita Mónica Plaza, insiste en que el párrafo relativo a la restricción procesal del casado menor de edad tiene que ir después de los artículos 60 y 61, porque hay que citar tanto los casos del artículo 60 como los del artículo 61. Y que es así por -- cuanto la intervención depende de la naturaleza de los actos jurídicos. En los artículos 60 y 61, di--

ce," se establecen unos complementos de capacidad para la realización de unos determinados actos ;-- si esos determinados actos llevan a unas consecuencias judiciales, es decir, dan lugar a la intervención en juicio, para defender el tema concreto a que se refiere es lógico que su capacidad sea suplida por aquéllas personas que han tenido que suplir también la capacidad necesaria para -- que estos actos jurídicos se realizaran." (81)

Esta interpretación que defiende sobre la capacidad del emancipado por matrimonio mayor de dieciocho años, de que necesita el consentimiento de determinadas personas para comparecer en juicio, -- solamente cuando se refiera el pleito a actos o -- negocios de tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes raíces, y no en los demás casos, es aplicable también a los emancipados por concesión que después se casan, en tanto ya casados todavía no lleguen a ser mayores de edad.

Es decir, creo que los emancipados por concesión tiene limitada su capacidad procesal conforme al artículo 317, a toda comparecencia en juicio, aunque se refiera a actos de administración,

solamente en tanto sean solteros. Pero si después de emancipados se casan, mientras no llegan a la mayoría de edad, se rigen en su capacidad procesal por el artículo 62 del Código, no por el 317.

Las razones son las siguientes :

- Que a la emancipación por matrimonio se refieren, de modo directo, solamente los artículos 315, 60 y 61 del Código. El 315 que ampara la figura de la emancipación por matrimonio, nombra solamente los artículos 60 y 61 ; porque solamente esos dos artículos se refieren a los emancipados por matrimonio. No es que se olvide del artículo 62. Es, sencillamente, que el 62 está dado con carácter general a todos los casados , luego a los emancipados por matrimonio y a quienes no hayan obtenido la emancipación por matrimonio sino por otro modo legal, y se casen.

- El artículo 62, en su letra, corrobora esta idea. No nombra al menor emancipado. Sus palabras son : "El casado menor de edad..." Se refiere claramente a todo casado, por lo tanto no se puede excluir de él a los casados que ya estaban emancipados por concesión cuando se casaron.

- El mismo artículo 62 tiene antes del párrafo relativo a la capacidad procesal, otro párrafo que nada tiene que ver con la emancipación por matrimonio. Su párrafo primero contiene una afirmación rotunda de que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges ; afirmación, que además del valor que tenga en materia general de capacidad, tiene también el significado - de indicar que ya se ha terminado de exponer las - normas relativas a los emancipados por matrimonio, en los artículos 60 y 61, y se pasa a exponer reglas que afectan a todos los casados.

- Es injusto y absurdo entender que el emancipado por concesión que por fuerza ha de ser mayor de dieciocho años, que después se casa, es de peor -- condición, en materia de capacidad procesal, que - el mayor de dieciocho años que se emancipa al casarse. Se trata de personas, en uno y otro caso, - de igual estado de casados y de igual edad de más - de dieciocho años y menos de veintiuno : debe aplicárseles igual regla de capacidad.

- No reconocer ese aumento de capacidad procesal al emancipado por concesión que después se ca_

sa, significaría negar al matrimonio el efecto ampliatorio de capacidad llamado emancipación. Y hemos visto antes que los efectos ampliatorios de capacidad de la emancipación se producen de pleno derecho (art. 315 C.c.) aunque los interesados no lo quieran. Aunque ya esté una persona emancipada por concesión, nada se opone a que se le aumente su capacidad merced al matrimonio. El matrimonio amplía, de derecho, la capacidad.

El emancipado por concesión, que después se casa, queda, pues sujeto en su capacidad procesal a las reglas que hemos expuesto, y no a las del artículo 317 del Código.

3.2) Menor de dieciocho años que ha contraído el matrimonio con licencia de las personas que deban otorgarla.

En principio la regla es similar a la del que se casa con licencia, teniendo más de dieciocho años. Queda habilitado para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero sujeto a restricciones. Lo que ocurre es que estas restricciones son mucho -

más grandes para el menor de dieciocho años que las que hemos visto para el mayor de edad.

El emancipado por matrimonio menor de dieciocho años queda habilitado para regir su persona como si fuera mayor. En la esfera personal y familiar la -- emancipación tiene aquí alcance igual o muy parecido a cuando se trata de mayores de dieciocho años.-- Es aplicable cuanto antes ha quedado expuesto para dicha esfera personal y familiar. Solamente es de -- señalar que a los menores de dieciocho años, aunque estén emancipados, no lespermite el Código perder -- voluntariamente la nacionalidad española, (art. 22) y queaún resultan más dudosas algunas cuestiones -- ya indicadas como dudosas para los mayores de die-- ciocho años, por ejemplo adoptar, pues del menor de dieciocho años se puede afirmar que no está en el -- pleno ejercicio de sus derechos civiles, con más -- claridad que con respecto al mayor de dieciocho -- años.

Salvo esas salvedades, los demás efectos ampliatio rios de capacidad, en la esfera personal y familiar, especialmente la extinción de la patria potestad o de la tutela, son aplicables en general lo mismo al

menor de dieciocho años que el mayor de esa edad, que se casan.

En la esfera patrimonial es donde se producen las restricciones que son mucho mayores que para el mayor de dieciocho años. Le son aplicables los artículos 60 y 61 del Código civil.

Con arreglo a esos dos preceptos, estos emancipados no pueden celebrar actos de administración (art. 60) ; y tampoco pueden tomar dinero a préstamo, gravar ni enajenar los bienes raíces (art. 61). Ni lo uno ni lo otro, sin el consentimiento de determinadas personas. También es de aplicación la norma del párrafo segundo del artículo 62, limitativa de la capacidad procesal para los pleitos relativos a actos que extrajudicialmente le estén limitados según los artículos 60 y 61.

La comparación con el derecho anterior a la reforma nos enseña que no ha habido variación de capacidad. Al menor de dieciocho años, emancipado por matrimonio, le están limitados los mismos actos jurídicos, antes que hoy. La variación de la reforma ha sido en cuanto a la persona que deba dar el consentimiento complementario. Antes era -

siempre, el padre, madre o tutor del emancipado -
(art. 59 antiguo). Hoy la Ley distingue, como ya -
hemos visto, según la naturaleza de los bienes a -
que se refiera el acto jurídico concreto : si son -
bienes comunes, el otro cónyuge, si fuere mayor de
edad ; si son bienes privativos, el padre, madre o
tutor del emancipado, y esas mismas personas, aun-
que se trate de bienes comunes, en el caso de que -
el otro cónyuge llamado a dar el consentimiento --
sea menor de edad.

En cuanto a los actos concretos para los que el
menor de dieciocho años necesita el consentimiento,
conviene hacer alguna observación.

No puede realizar según el artículo 61 ninguno -
de los actos que tampoco puede realizar el mayor de
dieciocho años, a saber, tomar dinero a préstamo, -
gravar o enajenar bienes raíces, ni comparecer en -
juicio, para asuntos relativos a esos actos o nego-
cios.

Pero como además le están prohibidos los actos -
de administración, resulta que no le están permiti-
dos los actos o negocios ju-rídicos que hemos ido -
viendo podía hacer el mayor de dieciocho años por--

que no encajaban exactamente en los términos de la prohibición, ya que todos los casos que veíamos -- eran actos jurídicos que había que calificar de -- disposición, de inmuebles o de -- muebles, o de actos que exceden de la mera administración : com---pras, comodato, fianza, venta o enajenación de bienes muebles, aceptación de herencias, partición de bienes, etc.. Ninguno de estos actos los puede realizar. Ni siquiera puede arrendar, emplear las rentas sobrantes, colocar su capital, cobrar, etc..

No puede administrar sus bienes, según el artículo 60, sin dicho consentimiento. Esta norma indudablemente supone una fuerte restricción al actuar del emancipado. En Derecho se suele considerar que de la gama de actos jurídicos ^{son/} los de administración los menos perjudiciales para el patrimonio, y que prohibiendo los actos de administración, prácticamente nada puede hacer el emancipado. Por eso Castán dice que "la emancipación del menor de dieciocho años es, pues, casi ilusoria en el orden patrimonial" (82). Opinión que se encuentra en otros autores y que no sé si llega a su extremo en Puig-Peña cuando dice que "no hay, pues, verdadera eman

cipación -al menos en lo que afecta a la esfera patrimonial- más que en el caso de que el marido tenga dieciocho años (83). (advíertase que emplea la palabra "marido". Es la que utilizaba el Código antes de la Reforma, aunque era opinión común que la misma regla se aplicaba a la mujer en los casos en que fuera administradora).

También Lacruz sigue esta corriente de opinión y censura la reforma entendiendo que por escasa -- que sea la edad de los cónyuges nunca debería la simple administración corresponder a personas distintas de ellos. "La intromisión, dice, en la economía del matrimonio, de los padres del cónyuge menor de dieciocho años, aun determinada por circunstancias excepcionales, puede ser inadecuada e injusta. Piénsese, para el régimen legal, que son gananciales los ingresos procedentes del trabajo personal, tanto del marido como de la esposa, y que el padre del marido podrá mediatizar el empleo del sueldo de la esposa menor e imponer a la pareja -- sus propios criterios **económicos**." (84)

Sin embargo, la posición del emancipado menor de dieciocho años, no es tan ilusoria, y no es ni

con mucho, fácil de precisar. La administración pasa al emancipado. El código dispone que no pase esa administración al menor en los casos de sanción a - que se refiere el artículo 50. Pero en el 60 no emplea esa locución, sino otra más suave "no podrá administrar... sin el consentimiento de". Quien ha de otorgar el acto de administración es el emancipado, complementa-do en su capacidad con el consentimiento de la persona que deba darlo. Pero el padre, supuesto que se trate de casos en que sea él el llamado a dar el consentimiento, ya no puede tomar la - iniciativa y la decisión en materia de ad_ministra--ción de los bienes del emancipado ; solamente a éste incumbe.

En esos casos en que, por la naturaleza de los -- bienes, es el padre el llamado a dar el consenti---miento, es cierto que el emancipado necesita ese -- consentimiento, lo que coarta bastante su libertad. Pero hay que tener en cuenta que el padre, madre o tutor no puede negar injustificadamente la presta--ción del consentimiento, sin exponerse a ser objeto en su día de la reclamación de daños correspondientes.

Por otro lado, en muchos casos se podrá prescin-

dir totalmente del consentimiento paterno. El Código ha llevado ese consentimiento, cuando se trate de bienes comunes, al otro cónyuge si fuere mayor de edad. El Código parece exigir la mayoría de edad a este cónyuge que dá el consentimiento complementario. Pero la doctrina apunta ya la idea de que también puede dar el consentimiento para actos de administración aunque sea menor, con tal de que haya cumplido los dieciocho años. La razón es poderosa : ese cónyuge mayor de dieciocho años y menor de veintiuno, también está emancipado, y puede administrar sus propios bienes sin consentimiento de nadie, conforme al mismo artículo 60. Si puede administrar, no hay razón para negarle capacidad para prestar su consentimiento a los actos de administración que efectúe su cónyuge. En este sentido Díez Picazo y Gullón. (85)

No es de esta opinión Sanz Fernández quien cree que el cónyuge llamado a dar el consentimiento ha de ser necesariamente mayor de veintiún años. Se apoya en una interpretación literal del art. 60 del Código civil. (86)

El criterio de que el cónyuge mayor de dieciocho años y menor de veintiuno puede dar el consentimiento

to , que acabo de defender, se refiere -no sería preciso aclararlo- solamente a los actos de administración, nunca a aquéllos otros actos de tomar dinero a préstamo, enajenar o gravar bienes inmuebles o comparecer en juicio para los asuntos con ellos relacionados.

Al no tener el emancipado menor de dieciocho años la libre administración, no puede realizar aquéllos-actos para los que la Ley exige tener esa capacidad. Asi, hay que interpretar, como hace Castro, que hasta que no cumplan los dieciocho años no pueden ser albacea (art. 893 C.c.), no se les empieza a contar el --plazo para el ejercicio de acciones de rescisión -- (art. 1.299 C.c.) o de nulidad (art. 1.301 C.c.), no pueden pedir la partición de la herencia (art. 1.052 C.c.), ni practicarla (art. 1.058 C.c.), etc.. (87)

Resulta difícil enumerar algunos actos que el --emancipado menor de dieciocho años pueda hacer sin --necesidad del consentimiento complementario. Castro indica que puede realizar actos de custodia y conservación de su patrimonio, en especial los relativos a --su hogar familiar, los relativos a cosas o servicios para atender las necesidades ordinarias de su propio .

hogar conyugal y de sus hijos. (88). Parece indudable. Tambien lo es el que puede contratar su propio trabajo, conforme a la Ley de contrato de trabajo, texto refundido, Libro Primero, de 26 de Enero de 1944, en su artículo 11 letra b, que faculta a los menores de dieciocho años que hubieren contraido matrimonio.

No cabe obtener un aumento de capacidad a través del artículo 160 del Código civil, alegando que el casado normalmente vive con independencia de su padre, y con consentimiento de éste, que lo dió al -- darle la licencia para contraer matrimonio. Una lectura no meditada del precepto dicho podría dar a entender que este emancipado, aún menor de dieciocho años, tendrá el dominio, el usufructo y la administración de los bienes que haya adquirido o adquiriera con su trabajo o industria, o adquiriera en lo sucesivo por cualquier título lucrativo. Y esas facultades sin ninguna limitación, pues ninguna limitación señala el artículo 160.

Pero esa interpretación no es posible ; lleva -- a conclusiones absurdas. Puede verse una crítica razonada y una exposición de fuertes argumentos en --

Castro (89). Y la doctrina llega unánime a la conclusión de que la vida independiente del hijo concede a éste unas facultades equivalentes a la que tendría, según su edad, en caso de haber sido formalmente emancipado, bien por concesión o bien por matrimonio. Puede verse una clara exposición en Albaladejo. (90)

La vida independiente del hijo es una especie de emancipación tácita, además de revocable. Así la nombra el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de Marzo de 1943 y dice que la extensión de ella "no puede ser mayor que la que otorga a la emancipación expresa el artículo 315 en relación con el 59 y 317". "Sería absurdo -dice Díez Picazo- que un menor, (cualquiera que sea su edad, puesto que el artículo 60 no la fija) vaya a tener una capacidad más amplia respecto a sus bienes que la de otro emancipado. Más bien procederá la aplicación analógica del artículo 60 en cuanto a la administración si tiene menos de dieciocho años, y el artículo 317 desde esa edad hasta los veintiuno." (91)

Así pues, por la vía del artículo 160 no parece se puede obtener una mayor amplitud en las facultades o poderes del emancipado menor de dieciocho -

años. Al revés, el 160 hay que interpretarlo a la luz del 60 y concordantes.

Para terminar con este apartado conviene aclarar que el emancipado menor de dieciocho años, cuando los cumpla, pasa a tener la capacidad del mayor de dieciocho años que se casa, ya que como dice Albala dejo, "se tiene una u otra capacidad (presupuesto -- del matrimonio contraído con licencia) por razón de la edad que se tenga en el momento de que se trate, y no por razón de haber contraído el matrimonio antes o después de los dieciocho años." (92)

3.3) Menores de edad que contraen matrimonio sin -
licencia.-

El Código civil en su artículo 45 dice, entre -- otras cosas, que está prohibido el matrimonio "al -- menor de edad no emancipado por anteriores nupcias, que no haya obtenido la licencia de las personas a quienes corresponde otorgarla", personas que se determinan en los artículos 46 y 47.

El Código, con la redacción transcrita que es la introducida por la Reforma de 24 de Abril de 1958,-

ha corregido la redacción anterior que decía "al me nor de edad que no haya obtenido la licencia..." - Con esta vieja redacción se discutía si los emancipados estaban necesitados de licencia, Hubo opiniones en pró de que no la necesitaban fundadas en que la emancipación habilita al emancipado para regir - su persona y bienes como si fuera mayor, como regla general, y que los emancipados solamente tienen las restricciones de los artículos 59 (antiguo) y 317, - entre las que no figura la de necesitar consenti--- miento paterno para casarse. En este sentido se pue den citar las opiniones de Mucius Scaevola (93), Pé rez González y Castán en las Anotaciones a Ennece-- rus (94) y Castán en/^{su}Tratado (95).

Estos mismos autores indicaban que la opinión con traria, la de que era precisa la licencia para los - emancipados, tenía su razón de ser en que dichos -- emancipados siguen siendo menores de edad ; en que - la licencia no estaba fundada en la patria potestad- (extinguida por la emancipación), sino en la protec- ción a los mismos contrayentes dada su poca edad, con tra matrimonios irreflexivos ; y en que si los eman- cipados precisan el consentimiento de su padre, ma-- dre o tutor para enajenar bienes o tomar dinero a --

préstamo, actos importantes, con más razón deben contar con ese consentimiento para contraer matrimonio, acto mucho más importante.

Lo que no está muy clara es la postura tomada por el Código en la reforma de 1958, pues exime de la licencia a los emancipados por anteriores nupcias, no a los emancipados por concesión. Quizá -- pensaron sus redactores que un matrimonio anterior era una experiencia suficiente para que el emancipado supiera bien, por sí solo, lo que significa el matrimonio.

El Código siguiendo la doctrina canónica establece que el matrimonio contraído sin licencia es válido. Pero lo somete a determinadas reglas, que -- son más bien sanciones, por incumplir la obligación de obtener licencia. Y a este propósito, aparte otras sanciones que no son del caso tratar ahora, el artículo 50 dispone que si a pesar de la -- prohibición del artículo 45 se casaren las personas comprendidas en él, su matrimonio será válido, pero "si uno de los cónyuges fuera menor no emancipado, no recibirá la administración de sus bienes hasta que llegue a la mayor edad. Entre tanto, solo ten-

drá sobre dichos bienes derecho a alimentos".

El matrimonio es válido. Y por lo tanto produce, de derecho, la emancipación (art. 315 C.c.). Lo que ocurre es que estos emancipados quedan sujetos a mayores restricciones que los emancipados por matrimonio contraído con licencia.

Las restricciones de este artículo 50 afectan -- por igual a los menores de dieciocho años y a los -- mayores de esa edad pero menores de veintiuno. Lo -- cual no quiere decir que unos y otros queden sujetos a régimen igual, pues en las materias que no -- contempla este artículo 50 son aplicables las reglas de capacidad que ya hemos visto, unas para los mayores de dieciocho años, y otras más restringidas para los menores de esa edad.

Dicho de otra manera : en principio el emancipado por matrimonio celebrado sin licencia, emancipado está y se rige por las reglas de todo emancipado, según tenga menos o más de dieciocho años. Pero además queda sujeto a las restricciones del artículo -- 50, que añade mas restricciones sobre las normales -- a todo emancipado por matrimonio celebrado con licencia.

Estas nuevas restricciones producen algunas dificultades de interpretación. El Código se limita a decir que "no recibirá la administración de sus bienes", y esta restricción es común a los menores y mayores de dieciocho años.

El problema está por consiguiente en el significado de esta frase.

Esta frase de que el emancipado "no recibirá la administración de sus bienes" se entiende en el sentido de que el artículo 50 no produce una inhabilitación general para administrar. Pueden administrar los bienes que adquirieran después de casados, e incluso los que ya tuvieran antes en administración, pues el artículo no produce una privación de la administración que ya tuvieran, sino solamente una retención a la que efectuaba el padre, madre o tutor.

El artículo 50 lo que dispone es que el emancipado "no recibirá la administración de sus bienes hasta que llegue a la mayor edad". Se refiere a los bienes que sean propios del emancipado en el momento de casarse, los cuales siguen en la administración de la persona que la tuviera, padre, madre o tutor. La iniciativa y la responsabilidad de esa administra---

ción, el otorgamiento de los negocios jurídicos correlativos, corresponden a esas personas, no al -- emancipado.

Esta interpretación restrictiva del alcance objetivo del artículo 50 es la que resulta más acorde con su letra ; más acorde también con su carácter punitivo, lo que impide extenderlo a otros supuestos distintos de los comprendidos expresamente en él (véase artículo 4 C.c.) ; y es la que admite pacíficamente la doctrina. En este sentido Castro -- (90), Lacruz y Albaladejo (97), Díez Picazo y Gu--llón (98), Méndez Apenela (99), quién a su vez cita a Bercovitz.

Estos bienes que el emancipado tenía al casarse, y que no administra, quedan bajo la administración del padre, madre o tutor que hasta entonces la tenía. Pero si el padre conserva la administración, -- no conserva el usufructo legal. Es un administrador legal, con los derechos y obligaciones propios del caso, entre otras la de rendir cuentas que pueda-- exigirle el menor una vez alcanzada la mayoría de -- edad. Asi Castro (100) y Méndez Apenela (101).

No conserva el usufructo porque la patria potestad ha terminado.

Esta extinción de la patria potestad o de la tutela en la que estuviera el que se casa sin licencia, unida a la falta de reglas al respecto, produce algunas dudas.

El Código se refiere tan sólo a la administración de los bienes del menor, que tuviera el padre o tutor, la cual administración queda retenida. Esa frase ha de ser entendida en sentido amplio, comprensiva de los actos que exceden de la administración, - los de riguroso dominio, adquisición, enajenación, - gravámen u otros de disposición. Si el emancipado - no puede hacer ni siquiera administrar, menos puede realizar esos otros actos que - exceden de la administración. Y si él no puede realizarlos, como no - es admisible que los bienes queden inmovilizados durante el tiempo que falte hasta que cumpla los veintiún años, habrá que concluir que durante ese tiempo el otorgamiento de esos actos corresponde al padre o tutor, cuyas patria potestad o tutela quedan subsistentes en cuanto a la serie de funciones que la Ley les atribuye, tanto sea explícitamente, como es dar el consentimiento prevenido en el artículo - 60 y en el 61, como las demás que sean conformes a

la naturaleza de la función que tiene encomendada.-

En consecuencia, el padre o el tutor podrá y deberá efectuar esos actos jurídicos cuando sean necesarios o convenientes ; y necesitará a su vez los consentimientos o autorizaciones que la Ley tiene señaladas en los casos del artículo 164 del Código para los padres, o 269 para el tutor. No se vé grave inconveniente a que, además de tutor, se nombre todo el organismo tutelar y funcione éste en los casos en que sea necesario. No habrá una tutela completa en cuanto a la serie de actos o funciones que tiene a su cargo, puesto que para algunas el emancipado ha salido de la tutela. Pero sí lo habrá para aquellos casos en que la Ley establece que el emancipado no puede actuar, y el tutor a su vez necesita la autorización prevenida en el artículo 269. Esto último es sin embargo dudoso, y es frecuente encontrar la oposición contraria, la de que no se puede nombrar todo el organismo tutelar sino solamente al tutor, -- quien para los actos de anejenación o gravamen ha de recurrir a la licencia judicial. Así Méndez Ape-
nela. (102)

Al expresar que estos bienes. quedan bajo la ad-

ministración del padre, madre o tutor, se dice también que constituyen un patrimonio separado. (103). Este es un punto que conviene aclarar, porque el concepto de patrimonio separado es un tanto elástico en la doctrina.

Sin entrar en la exposición de esta materia, parece postura la más admitida la de que, con rectificación de la teoría clásica de que el patrimonio era una unidad derivada de la unidad de persona, y que la persona sólo puede tener un único patrimonio, se admite la posibilidad de que una sola persona pueda tener núcleos de bienes que reciban un tratamiento especial, y que en cuanto a esa especialidad son tratados como una unidad distinta del resto del patrimonio. Como dicen Pérez Gonzalez y Alguer (104) , unas veces sobre el patrimonio separado existe solamente una administración separada, otras veces es el destino especial de los bienes - lo que lo caracteriza, en ocasiones la prelación - en cuanto al pago de deudas, y por fin hay casos - en los que se dá una neta separación a los efectos de responsabilidad por deudas de tal manera que se asemeja, en este caso último, a una ficción de dos

sujetos patrimoniales. Este último caso, el de la separación a efectos de deudas, es el caso de mayor interés y quizá el único que merezca el nombre de patrimonio separado.

Si admitimos un concepto amplio de patrimonio separado, cabe aceptar la opinión de que en este caso de administración por el padre que contempla el artículo 50 hay un patrimonio separado, por cuanto, aunque pertenezca al menor, éste no puede administrarlo, expresión legal que indica el gobierno del patrimonio. Ya hemos visto que en esa expresión se incluyen tanto los actos de administración, como los obligacionales, los de disposición y desde luego los de enajenación. Hay un patrimonio separado a los efectos de su administración y gobierno. Pero no parece que la separación se refiera a la responsabilidad por deudas. Para ésta debe regir el principio de responsabilidad patrimonial universal, (art. 1.911 C.c.) que es en un principio fundamental en nuestro Derecho ; y por lo tanto de las deudas que el padre contraiga en nombre del menor, por la administración que realiza, responderán también los demás bienes que el menor adquiera por su industria

o por cualquier título. Y asimismo, de las deudas o de las responsabilidades que alcancen al menor por consecuencia de su vida independiente, por su trabajo, por los actos jurídicos que realice sobre esos otros bienes que adquiriera después de casado, responderán también los bienes cuya administración no le ha sido entregada. Claro es que en cuanto a esta vida independiente del hijo, los actos jurídicos más importantes han de contar con el consentimiento complementario para que sean eficaces, y éste consentimiento habrá de ser del padre, madre o tutor, porque el matrimonio contraído sin licencia produce -- también el efecto de que se entiende contraído bajo el régimen de absoluta separación de bienes (art. 50 regla 1ª), o sea, sin bienes comunes. Pero habrá casos en que la responsabilidad existirá sin necesidad del consentimiento paterno, cuando el emancipado tenga más de dieciocho años y ejecute actos de administración sobre bienes adquiridos después de casado, ó bien por responsabilidades derivadas de su trabajo profesional.

Ciertamente que con esta comunicación de responsabilidades puede el menor emancipado salir perjudi

cado de las actuaciones desafortunadas del padre, - que alcanzarán a los bienes adquiridos por el emancipado por su trabajo. Tendrá la acción para exigir responsabilidades al padre si procede. Pero no podrá oponerse a la acción de los acreedores, protegidos por el dicho art. 1911 del Código civil, regla de seguridad de tráfico jurídico. Y lo mismo cabe - decir de los actos del menor y de la responsabilidad de sus bienes que aún administra su padre.

Sigamos con lo que la regla segunda del artículo 50 dispone. La administración separada dura hasta - que el hijo llega a la mayor edad. Y entre tanto, - termina el Código, sólo tendrá sobre dichos bienes - derecho a alimentos.

Este derecho de alimentos hay que configurarlo - no propiamente como un derecho subjetivo, pues no - se trata de un derecho a ajercitar contra bienes de tercera persona, cual es el caso de la verdadera -- deuda alimenticia. En el caso que nos encontramos - es más bien el ejercicio de una facultad sobre bienes propios. Pero aún así, resulta necesario aplicar los preceptos del Código civil relativos a los alimentos entre parientes, o sea los artículos 142-

y siguientes.

Ha suprimido la redacción actual, de 1958, el límite que tenía la anterior redacción consistente en el importe de la renta líquida de esos bienes. Por lo tanto el emancipado podrá exigir alimentos "incluso si ello obliga a gravar o disponer del mismo capital", dice Castro ; y añade : "Se habrá tenido en cuenta lo injusto que resultaba dejar sin alimentos al dueño de un gran caudal, que de momento no fuera fructífero o cuyos gastos accidentalmente excediesen de los ingresos", (105)

La cuantía de los alimentos es pues la máxima que la Ley establece : lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia ; comprenderán también la educación e instrucción del alimentista (art. 142 C.c.) ; y los gastos funerarios proporcionados a la calidad de la persona y a los usos de la localidad (art. 1.894 C.c.). Si las rentas normales de esos bienes no alcanzan a todo, puede exigir que se enajenen o graven los necesarios.

Queda la duda de si el emancipado también puede exigir alimentos en el supuesto de que trabaje y ten

ga ingresos propios ; y qué destino deban tener las rentas sobrantes de los bienes administrados por el padre, una vez cubiertos los alimentos del hijo -- emancipado.

En el caso de que el hijo tenga ingresos propios por razón de su trabajo, o de los bienes adquiridos después de casado, parece que la solución correcta es la de concederle alimentos tan solo cuando esos ingresos no le sean suficientes, o le obliguen a vivir con estrechez, o de modo poco adecuado a la posición social de la familia. Resulta así de los artículos 152 y 146 del Código, según los que cesan los alimentos cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia ; y la cuantía de alimentos ha de ser proporcional al caudal y a las necesidades del emancipado, según la posición social de la familia, como dice también el artículo 142. Por eso ha declarado la sentencia de 15 de Diciembre de 1942 que "aunque el alimentista tenga los medios indispensables para vivir estrechamente, ello no enerva el derecho a re

clamar alimentos cuando esos medios no guardan proporción con la elevada posición económica de la familia" ; y en varias sentencias se conceden los alimentos a quienes no trabajan porque no pueden, sea porque no lo encuentren o por otra causa justa (31-Diciembre 1942, y 24 Junio 1950).

Si con su trabajo o bienes adquiridos después de casado, puede vivir el emancipado en forma adecuada a su posición social y familiar, habrá que concluir que no tiene derecho a recibir alimentos con cargo a sus bienes propios conservados bajo administración paterna. Y por lo mismo no tiene derecho a reclamar los sobrantes de la administración de esos bienes, después de pagados los alimentos en su caso. Solo tiene derecho a alimentos.

El administrador legal tiene derecho de conservar esos productos y la obligación de invertirlos según las reglas de una diligente administración. Lo que no puede es consumir dichas rentas en beneficio propio, pues ya cesó el usufructo legal que pudiera tener en virtud de la patria potestad.

Hechas estas indicaciones tendentes a concretar el significado del concepto de "administración" en-

la regla 2ª del art. 50 del Código, parece correcto deducir estas otras consecuencias :

- Que en los bienes no comprendidos por la administración del padre, madre o tutor, el emancipado tendrá la administración, tanto si es mayor como si es menor de dieciocho años.

- Que esa administración ha de ser entendida con un contenido equivalente al que hemos señalado para la administración del padre, madre o tutor, o sea - comprenderá actos jurídicos de todas clases, si bien esto no quiere decir que el emancipado puede realizar por sí solo toda esa clase de actos jurídicos ; la palabra administración la estamos empleando en sentido amplio de gobierno de los bienes.

- Al desmenuzar ese gobierno en actos concretos - (nos estamos refiriendo siempre a los bienes que el menor gana con su trabajo, industria, etc.), hemos de aplicar los arts. 60 y 61 y 62 del Código civil, y - por lo tanto :

a) Si el casado sin licencia es menor de dieciocho años para administrar necesitará el consentimiento del padre, madre o tutor, pues hay que recordar - que está casado en régimen de separación legal im---puesta por el mismo art. 50 del Código.

b) En todo caso sea mayor o menor de dieciocho años, necesitará consentimiento del padre, madre o tutor para tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes raíces, y comparecer en juicio para los pleitos relacionados con estas materias, materias cuyo contenido más preciso ha quedado desarrollado anteriormente.

Problema distinto es el de la prueba de que los bienes están o no incluidos en la administración -- del padre, madre o tutor, o en la administración -- del emancipado. Habrá que resolverlo en cada caso -- concreto según los medios de que se disponga.

NOTAS AL CAPITULO SEGUNDO

(1) CASTAN VAZQUEZ, "La capacidad del adoptante" en Revista de Derecho Notarial, Julio-Diciembre 1970, pág. 125.

(2) CANO REVERTE, "La nueva adopción" en Revista de Derecho Notarial, Abril-Junio 1971, pág. 12.

(3) MANTECA, "La adopción" en Revista de Derecho Notarial, Abril-Junio 1971, pág. 178.

(4) MANTECA, Ob. citada pág. 178 nota 84 bis.

(5) SANZ FERNANDEZ, "La situación de la mujer casada en Derecho Civil". Libro Homenaje a Roca Sastre, -- Vol. II, Madrid 1977, págs. 822 y 823.

(6) SANZ FERNANDEZ, Ob. citada, págs. 788 y 789.

(7) CASTRO, "Derecho Civil de España", Tomo II, -- Vol. 1, Madrid 1952, pág. 213.

(8) DIEZ PICAZO, "Lecciones de Derecho Civil", ---

1967, tomo I, pág. 111.

(9) DE CASTRO, Ob. citada, pág. 213.

(10) DE CASTRO, Ob. citada, pág. 236.

(11) MENDEZ APENELA, "El complemento de capacidad del menor emancipado y la ineficacia de sus actos", Revista de Derecho Notarial, Enero-Marzo -- 1975, pág. 13.

(12) CASTRO, Ob. citada, pág. 236.

(13) CAMARA, "El nuevo art. 1413 del C.c.", - Anuario de Derecho Civil, Separata, pág. 22.

(14) MENDEZ APENELA, Ob. citada, pág. 26.

(15) ALBALADEJO, "Derecho Civil", tomo I, vol. I Barcelona 1975, pág. 220.

(16) MENDEZ APENELA, Ob. citada, pág. 32.

(17) DE CASTRO, Ob. citada, pág. 237.

- (18) MENDEZ APENELA, Ob. citada, pág. 29.
- (19) SANZ FERNANDEZ, Ob. citada, pág. 803.
- (20) DE CASTRO, Ob. citada, pág. 237.
- (21) MENDEZ APENELA, Ob. citada, pág. 47.
- (22) CASTRO, Ob. citada, pág. 237.
- (23) MENDEZ APENELA, Ob. citada, pág. 66.
- (24) MENDEZ APENELA, Ob. citada, pág. 52.
- (25) DE CASTRO, "El negocio jurídico", pág. 509.
- (26) DE CASTRO, "El negocio jurídico", pág. 509 y sig.
- (27) ALBALADEJO, "Derecho Civil", T 1, vol. II - edición, 1975, pág. 427.
- (28) SANZ FERNANDEZ, Ob. citada, págs. 799 y 800.

- (29) SANZ FERNANDEZ, Ob. citada, págs. 801 y 802.
- (30) SANZ FERNANDEZ, Ob. citada, pág. 803.
- (31) SANZ FERNANDEZ, Ob. citada, pág. 803.
- (32) MANRESA, "Comentarios al Código civil", tomo 1 pág. 297.
- (33) SANZ FERNANDEZ, Ob. citada, pág. 789.
- (34) PUIG BRUTAU, "Fundamentos del Derecho Civil" edición 1967, Tomo IV, vol. 2, pág. 83.
- (35) MENDEZ APENELA, "La capacidad del menor emancipado mayor de dieciocho años", Revista de Derecho - Notarial, Enero-Marzo 1974, pág. 424.
- (36) DE CASTRO, "Derecho Civil - de España", T.II, vol. 1, pág. 261.
- (37) MENDEZ APENELA, Ob. citada, pág. 432.
- (38) CASTAN VAZQUEZ, "Derecho Civil", T VI, vol. 2 1973, pág. 70.

(39) ROCA SASTRE, "Anotaciones a Ennecerus", T V, vol. 1, pág. 95.

(40) DE CASTRO, Ob. citada, T II, vol. 1, Pág. - 223.

(42) RODRIGUEZ ADRADOS, "Disposición onerosa de bienes inmuebles gananciales", en Revista de Derecho Notarial, Julio-Diciembre 1958, Pág. 197.

(43) LACRUZ Y SANCHO REBULLIDA - , "Derecho de Familia", edición de 1966, Pág. 217.

(44) CAMARA, "El nuevo art. 1413 del Código civil" separata del Anuario de Derecho Civil, pág. 68.

(45) CASTAN, "Derecho Civil", tomo V, vol. 1, pág. - 321.

(46) PUIG BRUTAU, "Fundamentos de Derecho Civil", tomo IV, vol. 1, pág. 507.

(47) LACRUZ Y ALBALADEJO, "Derecho de Familia . El matrimonio y su economía", edición 1963, pág. 373.

(48) LACRUZ Y SANCHO REBULLIDA, "Derecho de Familia", edición 1974, pág. 220 y 221, del vol. I.

(49) DE CASTRO, "Derecho Civil de España", tomo II, pág. 218 y 219.

(50) CASTAN, "Derecho Civil", T 1 edición 1949,- pág. 376.

(51) PEREZ GONZALEZ Y ALGUER, "Anotaciones a Ennecerus, T 1, vol. I pág. 378.

(52) DE CASTRO, "Derecho Civil de España", T II, pág. 226.

(53) DIEZ PICAZO Y GULLON, "Sistema de Derecho - Civil", edición 1975, tomo I, pág. 247.

(54) DE CASTRO, "Derecho Civil de España", T II, pág. 225.

(55) CASTAN, "Derecho Civil", edición 1949, tomo I, pág. 374.

(56) DE CASTRO, Ob. citada, pág. 218.

(57) DE CASTRO, Ob. citada, pág. 225.

(58) DE CASTRO, Ob. citada, pág. 225.

(59) MENDEZ APENELA, "La capacidad del menor emancipado mayor de dieciocho años", Revista de Derecho-Notarial, Enero-Marzo 1974, Pág. 436.

(60) DIEZ PICAZO, "El pacto compromisario y la - nueva Ley de arbitrajes", en Anuario de Derecho Civil", año 1954, pág. 1162.

(61) CAMARA, "El nuevo art. 1413 del Código civil" Separata del Anuario de Derecho Civil", pág. 124.

(62) DE CASTRO, Ob. citada, pág. 227, nota 2.

(63) CAMARA, Ob. citada, pág. 148.

(64) ROCA SASTRE, "Naturaleza jurídica de la aportación social", en Revista general de Legislación y - Jurisprudencia, año 1946, pág. 446.

(65) DE CASTRO, "Derecho Civil de España", T II, pág. 227.

(66) MARTINEZ ALMEIDA, "Naturaleza jurídica de la aportación a sociedad", en Anales de la Academia Matritense del Notariado", T V, págs. 222 y 55.

(67) CAMARA, "La sucesión en el patrimonio de las sociedades mercantiles disueltas" en Anales de la Academia Matritense del Notariado, Separata, pág. 20.

(68) ALBALADEJO, "Derecho Civil", T 1, pág. 180.

(69) DE CASTRO, Ob. citada, pág. 227.

(70) DE CASTRO, Ob. citada, pág. 227.

(71) PEREZ GONZALEZ Y ALGUER, "Anotaciones a Enne^{er}cerus", Tomo I, vol. 1, pág. 373.

(72) MENDEZ APENELA "La capacidad del menor emancipado mayor de dieciocho años", en Revista de Derecho Notarial, Enero-Marzo 1974, pág. 417.

(73) CASTAN, "Derecho Civil", Edición 1949, T 1, pág. 373.

(74) CASTAN, "Derecho Civil", edición 1969, T VI vol. 1, pág. 123.

(75) DE CASTRO, Ob. citada, pág. 229.

(76) DE CASTRO, Ob. citada, pág. 232.

(77) DIEZ PICAZO "Lecciones de Derecho Civil" - 1967, tomo I, pág. 112.

(78) SANZ FERNANDEZ, Ob. citada, pág. 805.

(79) DIEZ PICAZO Y GULLON, "Sistema de Derecho - Civil", vol. 1, edición 1975, pág. 252.

(80) Confróntese DE CASTRO, Ob. citada, pág. 228.

(81) Diario de Sesiones, nº 476 del día 11 de - Marzo de 1975, pág. 44.

(82) CASTAN, "Derecho Civil", Tomo I, pág. 376.

(83) PUIG PEÑA, "Tratado de Derecho Civil", Tomo I, pág. 89.

(84) LACRUZ, "El nuevo Derecho Civil de la mujer casada", Cuadernos Civitas 1975, págs. 65 y 66.

(85) DIEZ PICAZO Y GULLON, "Sistema de Derecho - Civil", Tomo I, pág. 249.

(86) SANZ FERNANDEZ, Ob. citada, pág. 394.

(87) DE CASTRO, Ob. citada, pág. 234.

(88) DE CASTRO, Ob. citada, pág. 233.

(89) DE CASTRO, Ob. citada, pág. 195.

(90) ALBALADEJO, "Derecho Civil", Tomo I, vol. 1, año.1975, pág. 222.

(91) DIEZ PICAZO Y GULLON, "Sistema de Derecho Civil", vol. 1, pág. 252.

(92) ALBALADEJO, "Derecho Civil", tomo I, vol. 1,

pág. 221, nota 1.

(93) MUCIUS SCAEVOLA, "Código civil", T II, pág. 347.

(94) PEREZ GONZALEZ Y CASTAN, "Anotaciones a Ennecerus", T IV, vol. 1, pág. 77.

(95) CASTAN, "Derecho Civil", Tomo V, edición - 1954, vol. 1, pág. 87.

(96) DE CASTRO, Ob. citada, pág. 235.

(97) LACRUZ Y ALBALADEJO, "Derecho de Familia; - El Matrimonio y su economía", Pág. 66,

(98) DIEZ PICAZO Y GULLON, "Sistema de Derecho Civil", pág. 251.

(99) MENDEZ APENEIA, Ob. citada, pág. 487, que - cita a Bercovitz: "La vida independiente del menor - emancipado" en Anuario del Derecho Civil, año 1972, - pág. 1145.

(100) DE CASTRO, Ob. citada, pág. 235.

(101) MENDEZ APENELA, Ob. citada, pág. 490.

(102) MENDEZ APENELA, Ob. citada, Págs. 491 y 492.

(103) DE CASTRO, Ob. citada, pág. 235.

(104) PEREZ GONZALEZ Y ALGUER, "Anotaciones de Ennecerus", T 1, vol. 1, pág. 619.

(105) DE CASTRO, "Compendio de Derecho Civil", pág. 36 y sig.

CAPITULO TERCERO

EFECTOS DEL MATRIMONIO QUE SIGNIFICAN RESTRICION,
Y SON COMUNES A AMBOS CONYUGES.

Aunque ya lo he indicado anteriormente, parece n conveniente repetir ahora que la materia que voy a exponer, las restricciones que vamos a ir examinando, no son propiamente materia de capacidad de obrar, ni por lo tanto restricciones de esta capacidad.

Era así ya antes de la reforma de 2 de Mayo de -- 1975, y muchos autores lo aclaraban de modo expreso, -- antes de pasar a exponer la serie de efectos restrictivos que el matrimonio producía, respecto a la persona o respecto a los bienes de los cónyuges, y espe---cialmente respecto a la mujer casada. Y con más razón hay que afirmarlo ahora por cuanto el artículo 62 proclama que "el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges".

De todos es sabido que, además de la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, enten---diendo por la primera la aptitud para ser sujeto de -- relaciones jurídicas, y por la segunda la aptitud pa-

ra realizar válidamente actos o negocios jurídicos, - la doctrina pone de manifiesto la distinción entre ésta última y los conceptos afines de prohibición legal y de legitimación o poder dispositivo.

La capacidad de obrar descansa en la persona física, en un conjunto de cualidades físicas de esta persona, que la sitúan en condiciones de gobernar su persona y bienes con acierto y con responsabilidad, con suficiente madurez intelectual. La ley presume esa situación en el mayor de edad en tanto no se le declare legalmente incapacitado. De ahí que quienes contraen matrimonio siendo mayores de edad, si eran plenamente capaces antes de contraerlo, sigan siendo también plenamente capaces después de contraerlo, y lo seguirán siendo en el supuesto de que el matrimonio se disuelva o anule. El matrimonio no puede alterar las circunstancias o condiciones de madurez, lucidez, raciocinio, reflexión, etc.. El matrimonio no restringe la capacidad de obrar. Solamente la aumenta, si los que contraen matrimonio no eran todavía mayores de edad, produciendo la emancipación según antes hemos visto.

Pero la ley conecta al matrimonio unos efectos --- restrictivos en el actuar jurídico de los cónyuges ;

restricciones que no son, repito, falta de capacidad de obrar, sino, o bien prohibiciones legales establecidas para proteger un determinado interés, que será del marido o de la mujer según que la restricción de obrar se imponga a la mujer o al marido ; o bien simple falta de la legitimación sobre los bienes o derechos de que se trate, como cuando la mujer no puede disponer de ciertos bienes gananciales porque la ley confiere esa disposición al marido ; o finalmente, - se tratará de deberes impuestos a ambos cónyuges, en atención al matrimonio, deberes de los que se deriva una cierta limitación de su respectiva libertad de obrar, como por ejemplo es la restricción a elegir domicilio que se deriva del deber de vivir juntos.

Hechas estas aclaraciones, pasamos a examinar -- las restricciones que en su obrar jurídico tienen -- los cónyuges, por causa del matrimonio.

En este apartado expongo las restricciones que -- son comunes a marido y mujer, y las clasifico en dos grupos, a saber : la nacida directamente de la Ley ; y las nacidas de la voluntad de los cónyuges manifestada en sus capitulaciones matrimoniales.

Empezemos por las últimas.

4) Restricciones nacidas de la voluntad de los cónyuges manifestada en las capitulaciones matrimoniales.

Sin pretender una definición de las capitulaciones matrimoniales, y sin entrar en los varios conceptos que de ellas dan nuestros civilistas, podemos aceptar, con Bonet que son "el acto jurídico por el que los futuros cónyuges fijan específicamente su régimen matrimonial". (1)

Sobre esa base, hay que admitir que la voluntad de los contrayentes puede establecer pactos, relativos al régimen económico matrimonial, que signifiquen una alteración de la capacidad normal de obrar, entendida en el sentido que acabamos de aclarar ; es decir, los contrayentes pueden establecer pactos por los que se levanten ciertas prohibiciones legales establecidas en favor de alguno de ellos ; o se regulen las facultades dispositivas de uno o de otro, en forma diferente de como tiene establecido el patrón legal ; o se varíen de algún modo los deberes impuestos por la Ley a alguno o los dos cónyuges. Todo ello siempre que

no choque con los límites superiores que el mismo Código señala, es decir no sea contrario a las leyes o a las buenas costumbres ni a los fines del matrimonio (art. 1.316) ni contrarios a la prohibición contenida en el artículo 1.317 del mismo Código.

Resulta fácil la reflexión de por qué hemos de hablar de pactos que producen restricción, y no de pactos que produzcan ampliación de capacidad, ya que teóricamente cabe pensar en variar el cuadro legal para producir ampliación de la facultad de obrar en vez de producir restricción. O aún mejor, lo que debería hablarse es pactos que produzcan modificación en la capacidad de obrar de los cónyuges.

La reflexión, como digo, es fácil, y no hay inconveniente en aceptarla. Si he optado por la expresión de "restricciones" es por considerar que encaja mejor en el sistema de exposición que llevo para la materia ; y porque creo que, en realidad, toda modificación que se introduzca en el patrón legal de esta materia comportará alguna restricción ; toda ampliación de capacidad de un cónyuge parece debe -

significar una restricción para el otro.

Lo que ya no es tan fácil es enumerar los pactos a que nos referimos. La materia es muy amplia, pues en capitulaciones matrimoniales caben pactos de muy diversa índole, afirmación que no es preciso vaya seguida de citas de autoridad, ya que la encontramos en todos nuestros civilistas, sin excepción.

Dentro de las líneas de este trabajo, por lo tanto, nos hemos de contentar con indicar algunos pactos que, de una parte no estén prohibidos por los artículos 1.316 y 1.317 del Código, y de otra parte signifiquen restricción a la capacidad de alguno de los cónyuges.

No se trata de examinar qué pactos pueden en general establecerse en las capitulaciones o qué pactos son los que prohíben esos artículos del Código-civil. Hemos de ceñirnos a los pactos que específicamente intenten establecer o establezcan limitaciones a la capacidad de obrar jurídica de alguno de los cónyuges.

Aunque hayamos delimitado así el campo, resulta con todo muy grande. Las posibilidades de pactos -- son variadísimas, y su valor habria de ser examina-

do en cada caso en atención a la clase de régimen económico matrimonial pactado o aceptado.

Haré por tanto solamente algunas indicaciones:

a) Contrarios a las Leyes.-

Se citan como tales los pactos sobre la patria potestad. No tienen contenido patrimonial, propiamente ; pues sería muy forzado pensar en el pacto por el que el usufructo legal sobre los bienes de los hijos se adjudique a la mujer.

La doctrina, por otra parte, entiende que no son posibles, por contrarios a la Ley, ya que estima la patria potestad de regulación imperativa. El padre, el marido, no puede abdicar de ella. -- Asi Lacruz y Albaladejo, (2), Lucas Fernandez -- (3).

Una opinión más abierta es la de Cámara que admite que el padre delegue en la madre, durante la separación de hecho, el ejercicio de todas o algunas de las facultades inherentes a la patria potestad, patria potestad que, al decir de Cámara, -- la madre la comparte según la opinión casi unáni-

me de la doctrina. (4)

Es dudosa la cuestión, pero indudablemente existe una corriente en pro de entender la patria potestad compartida, o al menos, la posibilidad de que el padre delegue en la madre parte de su haz de facultades, al menos en determinadas situaciones, (de separación de hecho, de largas ausencias, etc..)

Contrario a la Ley cita Castán el pacto por el que se establezca la exigencia de la licencia marital para que la mujer casada realice actos jurídicos. (5)

El problema es curioso, y no deja de tener interés. Se plantea de modo inverso a como se planteaba antes de la reforma de 1975.

Antes de la reforma, por estar prohibidos los -- pactos depresivos de la autoridad de los cónyuges, -- especialmente los depresivos para la autoridad del marido, se planteaba la cuestión de si en capitulaciones matrimoniales podía pactarse que no fuera necesaria la licencia marital. (6)

Este aspecto carece hoy de interés, --salvo problemas de enjuiciar contratos celebrados antes de --

la reforma de 1975-, al haber desaparecido la exigencia legal de la licencia.

Con referencia al derecho derogado se puede -- apuntar la idea de que no parece fuera depresivo -- para el marido el eliminar la licencia marital. Se establecía ésta para proteger el interés del marido y sus herederos, y no constituía propiamente -- una norma de capacidad de la mujer casada, pues se la consideraba capaz. No parece, pues, que hubiera -- inconveniente en que el marido renunciase a esa -- protección legal, y se pactase la eliminación de -- la licencia marital.

Con todo, hubo sus dudas, y aún han perdurado -- estas dudas sobre la licitud del pacto de supre--- sión de licencia. Así, vemos en Sanz Fernández la afirmación de que se ha suprimido del artículo -- 1.316 del Código la frase "depresivo de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia -- a los futuros cónyuges" porque "los comentaristas -- interpretaban que con ella se aludía al pacto prohibitivo de licencia marital, por estimarlo depresivo de la autoridad del marido" (7) -

En la práctica fueron frecuentes, sobre todo en los últimos tiempos, las capitulaciones en las -- que se pactaba el régimen de separación de bienes -- y la no necesidad de licencia marital, dando así -- la razón a la corriente doctrinal que luego veremos que sostuvo que la licencia marital tenía su -- fundamento en el régimen de gananciales, pero era -- impropia e inútil en el régimen de separación de -- bienes.

También es de tener en cuenta que en la práctica la eliminación de la intervención del marido se conseguía de hecho mediante la concesión de ésta, -- anticipada y con carácter general amplísimo.

Esta fórmula tuvo la opinión contraria de Mucius Scaevola. Dice éste, al tratar de la licencia marital que "el Código exige que antes del matrimonio estipulen los cónyuges lo que consideren conveniente sobre el dominio y administración de sus -- bienes, no permitiendo después modificación alguna de lo establecido en las capitulaciones matrimoniales (art. 1320) ; parece, pues, que en el caso de ser administrador el marido, por haberlo así acordado, si éste diera a su mujer licencia o poder ge

neral para contratar, ésta licencia o poder equivaldría a una alteración de lo estipulado en el contrato matrimonial, que como acabamos de decir, lo prohíbe la Ley.- Y en cuanto al régimen dotal el Código preceptúa que el marido ha de ser el administrador único de los bienes.- No obstante las Sentencias de 21 y 27 de Junio de 1894, parecen sostener doctrina contraria en cuanto se refieren a casos en que otorgó un marido licencia general" (8).- Y más adelante al tratar de las capitulaciones matrimoniales, que es "nulo el pacto que constituyese a la mujer en jefe y cabeza de familia o la autorizase para -- obrar sin licencia en los casos que le sea necesaria".

Cita en su apoyo a Garcia Goyena, y estima el pacto nulo, aunque válidas las capitulaciones "salvo en el -- supuesto de que la repetida cláusula sea esencialmente determinante del otorgamiento de ellas "(de las capitulaciones". (8 bis)

No obstante esta opinión, la generalidad de la doctrina se inclinó por la admisión, y también el Tribunal Supremo y por la Dirección General de los Registros y -- del Notariado (9). Argumento que es de tipo muy práctico, pues es evidente que, desde el punto de vista de -- los conceptos, son cosas diferentes la supresión de la licencia marital por pacto, y la concesión de esta licencia con caracter general y anticipado.

El aspecto actual del problema es el de si cabe-----

pactar en capitulaciones matrimoniales la necesidad de la licencia marital para que la mujer casada pueda actuar jurídicamente.

Castán dice que tal pacto está prohibido por la Ley (10) sin mayores aclaraciones a su postura.

Garrido Palma considera que no está expresamente prohibido por la Ley, pero que "chocaría con la idiosincrasia y el sentir de la sociedad española" (11) ; y en consecuencia se inclina a considerar tal pacto como contrario a las buenas costumbres.

Es muy aventurado opinar sobre ese particular, estando la reforma tan reciente. Pero no se vé totalmente claro que el pacto mediante el cual se establezca para la mujer casada la restricción de contar con el consentimiento de su marido para ciertos actos o contratos sea como dice Castán un pacto prohibido por la Ley. Habría que examinar la clase de actos o contratos a los que se señale esta restricción, y sobre todo, como antes he dicho, juzgar en relación con la clase de régimen económico matrimonial establecido o aceptado, pues ese consentimiento o licencia del marido resulta absurdo en un régimen de separación de bienes, pero no resulta

tan absurdo en un régimen de gananciales. Si los -
frutos de los bienes de la mujer son gananciales y
están afectos a levantar las cargas del matrimonio,
y si el marido es el administrador de los bienes -
de la sociedad conyugal, no parece ilógico que la-
mujer no pueda disponer de sus bienes sin contar -
con su marido, pues esa disposición puede signifi-
car una grave alteración en la economía familiar.

Parecidos problemas plantean los demás pactos -
en los que se exija para la realización de los ac-
tos jurídicos el consentimiento de los cónyuges de
manera diferente a la establecida en la Ley. Como-
serían los pactos mediante los que se exima al ma-
rido de recabar el consentimiento de la esposa en-
los casos en que los exige el artículo 1.413 del -
Código civil ; o en los que se establezca una coo-
peración de la esposa a los actos de administra-
ción y de disposición del marido que en principio,
y según la Ley, no necesitan de tal cooperación ;
o en los que se conceda a la esposa la administra-
ción de los bienes de la sociedad de gananciales,
y su disposición, con limitaciones de consentimien

to del marido para algunos casos, como los del artículo 1.413, o sin esa limitación.

En todos esos pactos, y demás semejantes, parece debemos optar por la licitud.

En efecto : no se trata de cuestiones de capacidad, que estarían fuera del arbitrio de la voluntad de los cónyuges, sino que se trata de cuestiones de legitimación, de límites de actuar que se establecen en beneficio de un cónyuge, lo que permite que ese cónyuge, plenamente capaz, pueda renunciar a la protección.

Ya antes de la reforma de 1975, Castro manifestaba su criterio favorable a la aceptación de tales actos, y decía : "El artículo 1.316 permite que en las capitulaciones matrimoniales se pacte todo lo que no sea contrario a las leyes, buenas costumbres y no sea depresivo a la autoridad que respectivamente corresponde en la familia a los futuros cónyuges. Lo que la misma Ley dispone en un caso particular (225) parece que será válido también cuando se pacte en capitulaciones : el estipular que la mujer se reserve la administración de los bienes. Con más razón será válido el pacto por el que sea necesario

el consentimiento de la mujer para los actos de disposición y administración del marido (administración conjunta)". (12). Y poco más adelante añade : "La libertad de pacto en las capitulaciones matrimoniales- (1.315-1.316) permite que la mujer pueda ser la administradora de la sociedad conyugal, con exclusión -- del marido (59, 1.412), que se imponga su coopera---ción, que se le reserve el poder disponer y administrar sus propios bienes (1.432) (no será válido el -- pacto por el que la mujer recibiese el poder dispositivo y la administración de los bienes del marido, -- con exclusión de éste) y que se estipule la necesi--dad del consentimiento de ambos cónyuges para admistrar y disponer de los bienes de la sociedad conyugal". (13)

Después de la reforma los argumentos y citas de - Castro siguen vigentes. La nueva redacción de los artículos 225, 1.442 y 1.444 lejos de significar obstáculo, favorecen todavía más la solución que Castro - propugnó.

Y por fin, hay que añadir que la reforma, al su--primir el obstáculo de que los pactos sean depresi--vos para la autoridad del cónyuge, facilita todavía-

más la cuestión ; difícilmente se habría de ver en los pactos enunciados algo depresivo para la autoridad de uno de los cónyuges, pero es que aunque se -- apreciara, ello no significa hoy obstáculo para el - pacto, si no llega a chocar, como indudablemente no- llegan a chocar tales pactos con los fines del matri- monio que es lo que hoy exige el artículo 1.316.

Para no hacer interminable esta relación de posi- bles pactos, en este apartado de contrarios a la Ley me referiré a aquéllos por los que se establezca que la contribución a las cargas del matrimonio quedará- únicamente a cargo de uno de los cónyuges ; aquéllos por los que se convenga que un cónyuge pasará al --- otro una pensión ; y aquéllos en los que se establez- ca que a la disolución de la sociedad conyugal los - gananciales quedarán para uno sólo de los cónyuges, - sin repartirse por mitad como dice la Ley, o se re-- partirán en proporción diferente a la legal de mita- des.

No nos referimos a otros que algún autor cita por que son tan evidentemente contrarios a la ley que no merecen explicación. Por ejemplo los que cita Garri-

do de : permitir las donaciones entre cónyuges (contrario al artículo 1.334 del Código civil), o las compraventas entre ellos en régimen de gananciales (contrario al artículo 1.458 del Código civil), o variar las causas o efectos de la disolución del matrimonio o de la separación judicial. (14)

Y menos aún hemos de referirnos a otros pactos - que pudieran considerarse contrarios a la ley pero - que no se refieren al régimen económico matrimonial.

En cuanto al primer pacto, el de que el levantamiento de las cargas del matrimonio sea obligación solamente de uno de los cónyuges, dice Pérez Jofre - que no es válido, porque de los artículos 50, 1.435, 1.408 y 1.462 del Código puede deducirse un principio general de que la contribución a las cargas matrimoniales ha de ser en proporción a los productos de los bienes propios. (15)

También así parece opinar Pérez Sanz. La comunidad generada por el matrimonio, dice, produce un conjunto de necesidades y por consiguiente de cargas, a las que deben subvenir ambos cónyuges. No - existía -sigue diciendo- en el Código civil una regulación de esta materia, por lo que había de construirse partiendo de preceptos desperdigados entre-

las normas que regulan los diversos regímenes económico matrimoniales. Después de 1975, -añade- la - cuestión se examina en los artículos 1.435 y 1.436- del Código. "Estos dos artículos están situados dentro del régimen de separación de bienes, pero no -- obstante esta colocación sistemática, entiendo que- la fórmula del deber que impone a los esposos tiene un valor general aplicable a todos los regímenes matrimoniales". (16)

No obstante estas opiniones, creemos que en esta materia se debe distinguir :

Si el régimen pactado es el de separación de bienes, no vemos inconveniente para que se pacte que - el levantamiento de las cargas matrimoniales quede- para uno solo de los cónyuges, o en proporción que- no corresponda a los ingresos de cada cual. No creo que los artículos 1.435 y 1.436 del Código sea de - caracter necesario o imperativo ; creo que son de - caracter supletorio. Ciertamente que uno de los mayores obstáculos que tiene el intérprete es el aceptar a saber si un determinado precepto es imperativo o supletorio. Pero en cuanto a los dos citados, - 1.435 y 1.436 debe tenerse en cuenta sobre todo que

están colocados dentro de los efectos de la separación judicial, no dentro de normas que regulen la separación convencional.

Es decir, aunque los artículos 1.435 y 1.436 se entendiera que tienen carácter imperativo, lo serán dentro del campo de la separación judicial, cosa en cierto modo lógica. El Código tiene que dar unas reglas que expresen los efectos de la separación judicial. Pero el Código no se pronuncia ni regula la separación convencional y por lo tanto de ninguna manera parece debe imponerse a quienes pacten tal sistema una regla dada para otro supuesto.

En capítulos matrimoniales queda pues un amplio margen de libertad. No se vé qué razón superior, de orden público, obligue a que en régimen de separación los cónyuges hayan de contribuir a las cargas matrimoniales precisamente en una determinada proporción ; no se vé por qué no han de contribuir conforme quieran, conforme pacten libremente.

Claro es que, admitida la licitud del pacto, dentro del régimen de separación, no ha de olvidarse :
a) Que tal pacto no afecta a los acreedores, quienes podrán exigir el cumplimiento de sus derechos o

créditos contra el cónyuge contratante, aunque no sea el obligado a levantar las cargas del matrimonio ; o incluso contra los dos, si se trata de cosas o servicios para atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y las circunstancias y posición de la misma, ya que en estos casos, que prevé el artículo 66 del Código civil, existe una concepción legal de facultades a cada cónyuge, que no puede ser derogada por pactos ni desautorizaciones. b) Y que tal pacto tampoco excluye la aplicación de los preceptos legales sobre alimentos entre parientes, si fuere necesario. O sea, que en tanto el cónyuge que se comprometió a pagar pueda hacerlo, no hay inconveniente en mantener el pacto, y exonerar al otro de toda aportación a los gastos familiares. Pero si no pudiera seguir pagando, el otro cónyuge deberá cumplir sus obligaciones legales en orden a alimentos entre parientes, respecto de los hijos y respecto del otro cónyuge devenido a peor fortuna.

Lacruz, sin especificar a qué clase de régimen matrimonial se refiere, opina que "lo que sí puede ser objeto de convención es la obligación de contri

huir a las cargas del matrimonio". (17)

Por el contrario, en régimen de gananciales, el pacto de que el levantamiento de las cargas matrimoniales quede a cargo de uno solo de los cónyuges, no parece posible. Debe rechazarse, pero no porque exista ningún principio de contribución proporcional al levantamiento de dichas cargas, no por aplicación extensiva de los artículos 1.435 y 1.436, sino por la propia regulación de la sociedad de gananciales, según la cual los frutos de los bienes de los cónyuges y de su trabajo son gananciales (art. 1401 C.c.); y como tales gananciales están afectos a levantar las cargas del matrimonio (1.408 C.c.). No cabe, dentro del régimen de gananciales pactar que los frutos de los bienes propios o los productos del trabajo no sean gananciales ; ni cabe tampoco pactar que los bienes gananciales no estarán afectos a levantar las cargas matrimoniales.

El pacto de pasar una pensión un cónyuge al otro, hay que enjuiciarlo también según el régimen económico matrimonial aceptado, y tiene dificultades. Mayores, tal vez, a causa de la prohibición legal de efec

tuarse donaciones que tienen los cónyuges (1.334 C. c.).

En régimen de separación de bienes esa prohibición legal impide una pensión, a no ser que se la dote de causa onerosa. Sería preciso establecerla en compensación al trabajo de la mujer en la casa, o a la no obtención de ingresos de su trabajo profesional. Y habría que ponderar para que no resultara excesiva, y fuera un fraude legal que envolviera -- una donación.

En régimen de gananciales parece no puede admitirse la pensión con caracter general ni aún con causa onerosa, por estar prohibidas las compraventas entre cónyuges por el art. 1.458 del Código civil.

Solamente se podría exceptuar las que se establezcan como cumplimiento de la deuda alimenticia entre parientes, o señale el Juzgado en los casos de separación.

Por último, los posibles pactos por los que se establezca una distribución de las ganancias en forma diferente a la señalada por el Código, de por mitad, ofrecen también dudas. De Buen, en las Notas a

(18)/
Colin y Capitat/ya se planteaba la cuestión. Decía -
que a tales pactos se opone el artículo 1.395 del Có
digo al establecer que la sociedad de gananciales se
regirá por las reglas del contrato de sociedad en tod
do aquéllo en que no se oponga a lo expresamente de-
terminado en el capítulo de los gananciales ; y en--
tre los artículos consagrados al contrato de socie--
dad el 1.691 declara nulo el pacto que excluye a uno
o más socios de toda parte en las ganancias o en las
pérdidas.

No obstante ese precepto, De Buen, defendía la --
concesión a uno de los cónyuges de todos los ganan--
ciales, en base a los artículos 1.435 y 1.436 en su-
redacción anterior a la reforma de 1975. Según el -
1.435, la facultad de administrar los bienes del ma-
trimonio, otorgada al marido, subsistía cuando la sep
paración^{89/} hubiera otorgado a su instancia, pero no ten
nía la mujer en ese caso derecho a los gananciales -
ulteriores. Y según el 1.436 ocurría lo mismo en perj
juicio del marido cuando la separación se hubiera --
otorgado a instancia de la mujer. También cita De --
Buen el artículo 1.364 según el cual cuando los cón-
yuges hayan pactado que no rija entre ellos la socie

dad de gananciales. sin expresar las reglas por que hayan de regirse sus bienes, o si la mujer o sus herederos renunciaren a dicha sociedad, se observará lo dispuesto sobre la dote, y percibirá el marido, - cumpliendo las correspondientes obligaciones, todos los frutos que si existiera esta sociedad se reputarían gananciales.

Causa asombro la confusión que padeció De Buen, - En todos los preceptos por él citados, estamos, por definición, fuera del régimen de gananciales, bien porque se haya pronunciado la separación judicial - (1.434 en su anterior reforma), bien porque los cónyuges hayan pactado su exclusión, bien porque la mujer o sus herederos hayan renunciado a ella, convirtiendo retroactivamente el régimen de gananciales - en régimen de separación con dote.

Pero dentro del régimen de gananciales, vigente- éste, no parece defendible a la vista de los artículos 1.392, 1.395 y 1.691 un pacto por el que se establezca un reparto de las ganancias diferente del legal. El reparto por mitad es la esencia del régimen de gananciales. Para llegar a ese resultado sería preciso pactar expresamente que no es aplicable

el régimen de gananciales y establecer con detalle - otro especial, en el que a la hora de repartir se se- ñalasen las proporciones deseadas. Posibilidad ésta- que de admitirse, habría de ser con mucha cautela, - para no caer en las prohibiciones de donaciones en- tre cónyuges, fraude de ley, etc..

b) Contrarios a las buenas costumbres.

Es materia a la que difícilmente se le puede ver- un aspecto patrimonial. Los pactos que se examinan - al llegar a este punto son de carácter familiar, o - relativos a los efectos personales del matrimonio. Y así cita la doctrina : la cláusula que prohíbe a los cónyuges recíprocamente instar la nulidad del matri- monio, o la separación de cuerpos y bienes, imponer - el estado de viudedad etc., o la que priva a la mu- jer de las prerrogativas y honores que había de com- partir con su marido, conforme al artículo 64 anti- guo.

No obstante, como en este trabajo se cita como - efecto restrictivo a la capacidad de obrar, derivado de la Ley, el de que ninguno de los dos cónyuges pue-

de fijar unilateralmente su domicilio, restricción derivada del deber de vivir juntos que establece - el artículo 56, y de las normas para fijar el domicilio común que dá el artículo 58, no está fuera - de lugar el tocar un poco de pasada la materia, y - considerar el pacto capitular que autorice a los - cónyuges para tener residencia separada.

Hay una opinión contraria al pacto, por considerarlo contra las buenas costumbres. No opina así - Lucas Fernández (19). Señala este autor varios casos en que los cónyuges pueden vivir y viven separados, sin sanción alguna, y una de ellas es la de existir pacto previo en ese sentido.

No se vé que el pacto en sí sea contrario a las buenas costumbres. De hecho son cada vez más frecuentes los casos de matrimonios en los que la profesión de cada cónyuge les obliga a tener residencias diferentes (funcionarios, principalmente) ; - lo que no les impide su reunión periódica y el cumplimiento de todos los fines y deberes del matrimonio. Además, si después de celebrado el matrimonio puede el marido autorizar a la mujer para tener residencia separada, y esto admite la doctrina, no -

se vé por qué no ha de admitirse el pacto antes de casarse.

Cámara sostiene lo mismo (20). Dice que el deber de convivir no está tan ligado indisolublemente al estado matrimonial como lo está el de fidelidad y admite excepciones. Alega Cámara que si bien el Código civil no autoriza dichos pactos, tampoco los prohíbe expresamente, "el acuerdo de separación solo será nulo cuando pretenda eliminar el deber recíproco de cohabitación." Y poniendo en relación el artículo 56 con el 6 del Código, concluye que tal pacto solamente sería nulo cuando pretendiese atribuir la misma eficacia que a una sentencia judicial que elimina el deber de convivencia e impone la separación.

En realidad, a tenor de la nueva redacción del artículo 58 del Código, puesto que los cónyuges tienen libertad para fijar de común acuerdo el lugar de su residencia, no se vé obstáculo legal al pacto por que cada cónyuge tenga una residencia separada del otro, ni se aprecia, como antes he dicho que sea contra las buenas costumbres.

c) Contrarios a los fines del matrimonio.

La reforma de 1975 ha modificado el artículo 1.316 del Código y sustituido la frase que antes tenía de - que no se pactase nada que fuera depresivo de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges, por la frase de prohibir lo que sea contrario a los fines del matrimonio.

En su anterior redacción ya se produjeron multitud de apreciaciones sobre diversos pactos, por considerar los o no depresivos. El más discutido, el de si cabía conferir a la mujer la administración de los bienes - de la sociedad de gananciales. Manresa y Lacruz (21), eran contrarios al pacto, y entendían que la posibilidad que brindan los artículos 59 y 1.412 ("salvo estipulación en contrario") no se podía aplicar libremente, sino tan sólo en los casos de imposibilidad, incapacidad o ausencia del marido.

Pero esta posición, que va en contra de la letra - de los preceptos, no era compartida por los demás civilistas, que entendieron dicho pacto perfectamente - posible sin que fuera contra la Ley ni fuese tampoco-depresivo para la autoridad del marido. Ya hemos cita

do antes la opinión de Castro, (22) favorable. Y también Castán lo fué, entendiendo que depresivo solamente era el pacto por el que se concediese la administración a un tercero, (23)

Dejando de lado la interpretación de qué pactos fueran depresivos, situándonos en la redacción vigente, resulta difícil concretar pactos que sean -- contrarios al matrimonio y que tengan carácter patrimonial. Pactos contrarios al matrimonio pueden pensarse muchos, como pactos sobre la no indisolubilidad del matrimonio, exclusión de tener hijos, etc. Pero no tienen carácter patrimonial, y ello, no solamente hace que queden fuera de este trabajo, sino que incluso plantean el problema, en el que no vamos a entrar, de hasta qué punto son posibles en capitulaciones matrimoniales, ya que éstas tienen como materia el regular las relaciones del matrimonio con sus bienes presentes y futuros (art. 1315 C.c.), no al hacer declaraciones sobre aspectos morales, sacramentales o dogmáticos del matrimonio.

No obstante esas dudas de concepto, el precepto existe. Y téngase en cuenta que la interpretación de él ha de hacerse, por imperativo del artículo 3

del Código, conforme a la realidad social del tiempo en que se aplique. Quiero con eso apuntar que hoy -- día puede entenderse que los fines del matrimonio -- son en España los señalados por la doctrina católi-- ca, esencialmente morales, no patrimoniales. Pero es posible que las circunstancias cambien y con el tiem-- po la realidad social en España sea otra que asigne-- a los fines del matrimonio un contenido mayor o me-- nor de caracter patrimonial.

En su nueva edición de 1976, Castán dice que se - estimaría contrario a los fines del matrimonio el -- pacto de no prestarse alimentos (24). Enlaza así Cas-- tán con el fin secundario del matrimonio canónico, - el mútuo auxilio. En realidad no hace falta acudir a que es contrario a los fines del matrimonio para pro-- pugnar la nulidad del pacto. Es nulo porque es con-- trario a las leyes, a la obligación de prestar ali-- mentos (143 y sig. C.c.) que tienen entre sí los cón-- yuges.

Finalmente, parece adecuado indicar que la nueva - frase del art. 1.316 de prohibir lo que sea "contra-- rio a los fines del matrimonio" ha merecido repulsa-- de la doctrina que se ha ocupado despues de la refor

ma del tema.

Lacruz dice lo que ya he apuntado antes : que no son materia adecuada para las capitulaciones por referirse éstas al régimen económico matrimonial y no a las relaciones personales ; además añade se -- trata de "derechos y deberes familiares indisponi---bles y que por tanto no pueden ser objeto de convenio." (25)

García Cantero en la edición de Castán dice que la frase "adolece de excesiva vaguedad" (26)

En cambio Garrido defiende la nueva redacción del Código, y se extiende largamente sobre los fines -- del matrimonio que, dice "son los que han sido siempre y seguirán siendo". (27)

B) Restricciones nacidas directamente de la Ley.

Dentro de este grupo aún se podría hacer dos grupos, uno relativo a las relaciones jurídicas entre cónyuges, y el otro a las relaciones frente a tercero. No parece necesario ni conveniente hacer esa distinción, porque no tiene consecuencias prácticas y porque incluso no sea del todo exacta, ya que alguna consecuencia, como la separación impuesta -- por el artículo 50, afecta a la vez a las relaciones entre cónyuges y para con terceros. Y en general, toda relación jurídica, aunque se constituya inicialmente sólo entre marido y mujer tiene o puede tener indudables efectos para con terceras personas, siquiera sean tan unidos a los cónyuges como son los hijos.

Vamos a examinar las principales restricciones comunes, que son :

1.- La sanción que en algunos casos existe de separación impuesta de bienes.

Esta restricción, es una sanción, que solamente-

surge en el caso previsto en el artículo 45, o sea cuando el matrimonio se celebra no obstante alguna de las prohibiciones establecidas en dicho artículo, según el cual "está prohibido el matrimonio : 1º Al menor de edad no emancipado por anteriores nupcias, que no haya obtenido la licencia de las personas a quienes corresponda otorgarla. 2º A la viuda durante los trescientos un días siguientes a la muerte de su marido, o antes de su alumbramiento si hubiese quedado encinta, y a la mujer cuyo matrimonio - hubiera sido declarado nulo en los mismos casos y términos a contar desde su separación legal. 3ª Al tutor con las personas que tenga o haya tenido en guarda hasta que, cesado en su cargo, se aprueben las cuentas del mismo, salvo el caso de que el padre de la persona sujeta a la tutela hubiese autorizado el matrimonio en testamento o escritura pública. "

Los que contravienen esas prohibiciones y se casan no incurrir en nulidad. El matrimonio es válido, pero como sanción, el mismo Código dispone en su artículo 50 que "se entenderá contraído el casamiento con absoluta separación de bienes, y cada -

cónyuge retendrá el dominio y la administración de los que le pertenezcan, haciendo suyos todos los frutos, si bien con la obligación de contribuir -- proporcionalmente al sostenimiento de las cargas -- del matrimonio".

El matrimonio, celebrado contra la prohibición -- del artículo 45, impone pues una restricción, común a ambos cónyuges, en su capacidad, pues no pueden pactar al casarse ningún régimen, sino que quedan sujetos al de separación de bienes, absoluta, y con obligación de contribuir a las cargas del matrimonio en la manera que detalla el artículo 50, -- que se acaba de transcribir.

Esta restricción, esta sanción, es objeto de -- crítica por la doctrina. Ya dijo Castán en anteriores ediciones que la separación impuesta como pena le parecía "absurda e injusta porque en vez de recaer siempre el castigo sobre el culpable y únicamente sobre él, sucederá muchas veces que la separación significará un beneficio para el cónyuge -- que se haya casado contra lo dispuesto en la ley y un perjuicio para el que no haya cometido, y es posible que ni conociera siquiera, la falta". (28)

Repite estas palabras en la última edición, (29) y añade la información de la curiosa sentencia de 4 de mayo de 1970. En el caso resuelto por esa sentencia los cónyuges, casados con infracción del artículo 45, 1º. porque el marido no había obtenido el -- consejo paterno (necesario también antes de la reforma de 1958) entendieron vivir bajo el régimen de gananciales. Obtuvo después la esposa la separación canónica por adulterio del marido, y en la ejecución civil consiguiente el marido pidió la liquidación de la sociedad de gananciales, y luego rectificó y pidió se declarase ser el de separación de bienes el régimen aplicable a su matrimonio. Lo denegó el Supremo por ser el de gananciales el régimen que de hecho establecieron y observaron los cónyuges ; por solicitarse la aplicación de una sanción después de haber sido suprimida, lo que vá contra la Disposición transitoria 3ª del Código civil que ordena aplicar la disposición más benigna ; y por ser opuesto a la buena fé, pues siendo el marido culpable de la separación, pide que sea sancionada una infracción legal cuando la sanción ha sido suprimida y en perjuicio de la mujer que no cometió la falta.

Esta sentencia, comenta Castán, parece hacerse - cargo de las críticas de la doctrina, y pudiera anticipar la derogación de la separación forzosa en - una futura reforma legislativa.

También se pronuncian contra el precepto, Lacruz y Albaladejo (30); Puig Brutau (31) ; y Puig Peña - (32), que vienen a reiterar las mismas razones que - Castán.

La reforma de 1975 no ha tocado este precepto, - pero ha planteado respecto de él un problema : el - de la posibilidad de reformar mediante capitulaciones matrimoniales el régimen de separación forzosa - impuesta por el artículo 50, problema que no se -- planteaba antes de la reforma porque entonces no ca - bía modificar después de casados el régimen económi - co matrimonial.

Me remito a lo que después diré a propósito de - estas capitulaciones matrimoniales otorgadas des--- pués de casados, materia de la que será preciso ha - cer algunas indicaciones al examinar los contratos - que no pueden y los contratos que sí pueden cele--- brar los cónyuges entre sí.

2.- Separación de bienes como consecuencia de la separación judicial de personas.

El Artículo 73, IV del Código civil modificado -- por Ley de 2 de Mayo de 1975 dice : "la ejecutoria de separación producirá los siguientes efectos : - IV la separación de los bienes de la sociedad conyugal teniendo cada uno el dominio y administración - de los que le correspondan".

Este es uno de los tres casos en que según el - art. 1.433 del Código civil procede la separación - judicial de bienes. Este artículo establece que "el marido y la mujer podrán solicitar.....", con lo - que parece que permite a los cónyuges con caracter facultativo solicitar o nó la separación de bienes, y ésta es la opinión de Castán (33), que dice "que no parece haber borrado el caracter facultativo de la misma" (se refiere a la solicitud de la separación de bienes).

Por el contrario algún autor, como Lacruz, opina que después de la reforma, el régimen especial de - separación de bienes se establece por la mera existencia de sentencia ejecutoria, sin necesidad de pe

tición alguna (art. 73-IV), (34).

Puig Brutau advierte que "parece existir una contradicción entre los arts. 73 nº 4 y 1.433 acerca - de si es obligatorio o facultativo del cónyuge ino- cente pedir la separación". Recoge las opiniones de Castán, seguido de Mucius Scaevola, que invocan en- su apoyo la Sentencia de 17 de Febrero de 1925, y - que opinan "que el artículo 1.433 es especial con - relación al primero (el 73,IV), y que por lo tanto- se trata en este caso de una facultad potestativa". Por el contrario Lacruz, sigue diciendo Puig Brutau "advierte la diferencia fundamental que media entre la separación personal y los supuestos de ausencia- o interdicción, pues mientras en éstos la separa- ción no se produce en tanto no se pide, en la sepa- ración de personas el hecho de la separación de los bienes ya sobreviene con la adopción de las medidas provisionales que van a regir durante el proceso, - (art. 68 nº 4) y se completa cuando recae la corres- pondiente sentencia firme (art. 73, nº 4 también -- del Código civil) ".

Según el mismo autor, sigue diciendo Puig Brutau, "en los supuestos de separación personal, podrá no-

dividirse la masa ganancial, y en este sentido no disolverse la comunidad ulterior a la separación, pues es facultativo pedir la división, pero ello no obsta para que a partir de la sentencia de separación personal, el estatuto que gobierna los bienes de los cónyuges sea el de separación. Sería absurdo que viviendo tales cónyuges separados legítimamente, compartieran ambos las ganancias de cada uno...." (35)

Nos parece advertir cierta falta de precisión-terminológica en lo que va expresado, quizás, por que el art. 1.433 también lo tenga. Para aclarar el tema conviene tener en cuenta que no es lo mismo que el procedimiento de separación se siga ante los Tribunales Eclesiásticos o ante los Tribunales Civiles.

Es necesario seguir el procedimiento ante los Tribunales de la Iglesia cuando se trata de matrimonios canónicos y en estos casos la sentencia -- firme de separación personal no produce por sí sola la separación de bienes. Habrá producido separación de personas, caducidad de poderes previos- (vease art. 68 Código civil), y será todo lo lógi

co que quiera Lácruz que no haya comunidad de bienes. Pero la Sociedad de gananciales civilmente, todavía -- está vigente ; y es necesario instar la ejecución civil de la sentencia canónica ; y solamente después de obtenida la ejecutoria civil de separación es cuando se produce la separación de los bienes de la sociedad conyugal : art. 73, IV del Código civil.

Tratándose pues, de matrimonios canónicos es perfectamente correcto el artículo 1.433 cuando dispone -- que el marido y la mujer podrán solicitar la separación de bienes, y deberá decretarse, cuando se haya -- dictado sentencia de separación personal. No es automática la separación de bienes, tras la separación -- personal dictada por un Tribunal eclesiástico. Como -- acabo de decir hasta que no haya ejecutoria civil -- (art. 73), sigue vigente la sociedad de gananciales.

Completamente distinta es la situación cuando la -- separación personal se dicta por un Tribunal Civil -- porque el matrimonio estaba contraído civilmente. En este caso la ~~sentencia~~ de separación personal lleva -- consigo automáticamente la separación de bienes, pues así nos lo dice de modo expreso el art. 104 del Código civil : "la separación produce la suspensión de la vida común de los casados y los demás efectos previs-

tos en el art. 73" (uno de estos efectos, repito, es el del número cuatro : la separación de bienes).

Tratándose pues de pleitos de separación seguidos en Tribunales Civiles es cuando puede censurarse al artículo 1.433, pues dictada la sentencia de separación personal el marido y la mujer no pueden solicitar la separación de bienes, sino que está ya efectuado el cambio al régimen de separación de bienes, - extinguida la sociedad de gananciales. Lo único que pueden o nó hacer es practicar la liquidación y división, (en cierto modo separar en dos lotes) el patrimonio ganancial común.

Es pues, el artículo 73 del Código, una importante restricción a la capacidad de obrar de los cónyuges, que siguen siéndolo pues el matrimonio no se ha disuelto, pero ven modificado su régimen económico - patrimonial.

Esta modificación es independiente de que los cónyuges efectúen o no la liquidación y reparto de la - masa patrimonial existente al momento de la sentencia de separación personal.

Tenemos así una porción de problemas, que solamente podemos enunciar :

La posibilidad de que en capitulaciones matrimo--

niales previas se haya previsto esta situación y se haya pactado un régimen distinto de esta separación legal. No parece válido tal pacto, por contrario a la Ley. Es un caso similar al que después veremos -- a propósito del artículo 68 del C.c.

La posibilidad de otorgar nuevas capitulaciones matrimoniales y volver a pactar el régimen de gananciales. Es un problema un tanto de gabinete. Difícilmente se dará en la realidad, como no vaya precedido de una reconciliación de los cónyuges. No parece haya inconveniente en que los cónyuges celebren nuevas capitulaciones y pacten el régimen de gananciales. El mismo Código lo prevé en el artículo -- 1.439.

La posibilidad de que la masa de bienes existentes al decretarse la separación perdure durante -- tiempo, es evidente que cabe. Esa masa, que podemos suponer ganancial, no impedirá que las nuevas adquisiciones que haga cada uno de los cónyuges sean -- privativas del adquirente, no gananciales ; lo que está ocurriendo con frecuencia en la práctica, tanto en los casos de separación judicial como en los de separación convencional al amparo de la posibilidad que hoy existe de modificar el régimen económico matrimonial.

No coexisten entonces dos regimenes económicos - matrimoniales a la vez (gananciales para la masa - de bienes anterior a la separación ; separación para los bienes posteriores). Existe solamente un régimen, el de separación. Lo que queda es dilucidar - cuál sea la naturaleza de la comunidad de bienes, -- que era ganancial y ya no lo es ; problema que trataremos al hablar de la modificación del régimen -- económico matrimonial.

3.- Ninguno de los cónyuges puede fijar unilateralmente su domicilio.

En principio, todos los españoles tienen derecho a fijar libremente su residencia dentro del territorio nacional (Fuero de los Españoles, art. 14). Pero el Código impone a los casados la obligación de vivir juntos (art. 56) y como al mismo tiempo establece unas normas para regular cómo debe fijarse ese domicilio común de los cónyuges (art. 58), resulta claro que "ninguno de los cónyuges, como dice Díez-Picazo (36), puede fijar unilateralmente el lugar de residencia habitual del matrimonio," y tampoco puede ninguno de los cónyuges fijar unilateralmente su domicilio personal.

La obligación de vivir juntos da a cada uno de los cónyuges el derecho de exigir que el otro se reintegre a la vida común. Conocida es la Sentencia citada por Castán (37), de 25 de octubre de 1927, que reconoce al marido el derecho a reintegrar manu militari al domicilio conyugal a su mujer. Y asimismo es conocida la opinión de Puig Peña (38) de que también "podrá la mujer servirse de la fuerza pública-

para obligar al esposo a que la reciba dentro del hogar". La Sentencia de 20 de febrero de 1960 declara la obligación de reintegrarse al domicilio conyugal, pero no señala medios para hacerla efectiva.

La es más dudoso el juicio que merezca una supuesta actuación de tal naturaleza, y la eficacia que -- tenga. En general los autores rechazan los procedi-- mientos gubernativos o judiciales para imponer la vi da en común, que ha de basarse en la libre voluntad, y en la armonía de los esposos. Así, los citados Cas tán, Puig Peña, Puig Brutau (39), Lacruz (40), etc..

Hace Lacruz unas indicaciones de interés, al res-- pecto, y son : que la obligación de convivencia supo-- ne para el marido, administrador de los bienes de la sociedad conyugal, la necesidad de tener un hogar - adecuado con arreglo a su posición, medios y circuns-- tancias, y la de no ejercer en él alguna actividad - que sea deshonrosa o haga insoportable la vida en co mún. En estos casos, y cuando el marido lleve una vi da nómada, dice Lacruz, cesa la obligación de convi-- vencia, pues rige la regla de que a lo imposible na-- die está obligado.

La infracción del deber de convivencia lleva con-

sigo responsabilidades de orden civil y penal. Las podemos encontrar expuestas en Puig Peña, Castán y Lacruz, así :

- En el orden civil, el abandono del hogar es - causa legítima de separación (art. 105 C.c.) ; y - tiene influencia sobre el deber de prestarse ali-
mentos que existe entre cónyuges. Es numerosa la - Jurisprudencia sobre el particular y en los casos-
debatidos influye como es natural, de modo decisi-
vo la prueba de la necesidad de recibir los alimen-
tos. Lo que ocurre es que los Tribunales han consi-
derado en algunos casos que la mujer estaba en esa
situación de necesidad cuando el marido la habia -
abandonado, y tambien cuando vivía ella fuera del-
domicilio conyugal, con consentimiento del marido;
sin ser necesario en ninguno de esos casos el que-
la mujer presentara demanda de separación legal, -
(Sentencia de 16 de Octubre de 1.903, 17 de Noviem-
bre de 1.916, y 5 de Febrero de 1.912).

- En el orden penal, el Código Penal tipifica -
como delito el abandono malicioso del domicilio --
conyugal (art. 487 C. Penal).

Nótese que no basta el sólo abandono ; es preci

so el abandono malicioso que lleve aparejado el incumplimiento de los deberes familiares.

La doctrina ha venido considerando el deber de convivencia como materia de orden público, por lo tanto sin posibilidad de pacto en contrario. Así La cruz (41) y Castán (42). Y así lo declaró de modo expreso nuestro Tribunal Supremo en Sentencias de 2 de Diciembre de 1915, 26 de Enero de 1916 y 20 de Febrero de 1960.

Sin embargo últimamente la doctrina cambia o al menos atempera un tanto el criterio negativo y admite la posibilidad de que los cónyuges vivan separados, sin sanción penal. Ya hemos indicado antes, al ver las "Restricciones nacidas de la voluntad de los cónyuges manifestada en capitulaciones matrimoniales" que Lucas Fernández y Cámara admiten la posibilidad del pacto que elimine la convivencia por considerarlo que no es contrario a las buenas costumbres o a la Ley.

El mismo Lucas Fernández además del pacto admite otros casos en los que los cónyuges pueden vivir separados sin sanción penal, y cita :

" 1) Por las circunstancias especiales del matrimo

nio. Falta la comunidad de vida en gran parte de los matrimonios de conciencia en tanto no se publique.

2) Por decisión del cónyuge inocente en caso de adulterio del otro cónyuge conforme a lo dispuesto en el canon 1130 y aún por cualquier otra causa si existe peligro en demorar la separación conforme al canon 1131.

3) Por resolución judicial como una de las medidas provisionales en caso de admisión de demanda de separación o de nulidad (art. 68 del Código Civil).

4) Por Sentencia firme de separación (art. 73 - del Código Civil). "(43)

La obligación de vivir juntos se ha de cumplir en el domicilio conyugal. En este punto la reforma ha variado la situación anterior.

En su primitiva redacción, el artículo 58 disponía que "la mujer está obligada a seguir a su marido dondequiera que fije su residencia. Los Tribunales, sin embargo, podrán con justa causa eximirla de esta obligación cuando el marido traslade su re

sidencia a Ultramar o a país extranjero".

Así redactado el precepto, surgía de él obligación solamente para la mujer : la de vivir en el domicilio que el marido señalaba. El precepto concordaba con el artículo 64 de la Ley de Enjuiciamiento civil según el cual el domicilio legal de las mujeres casadas es el que tengan sus maridos.

Esta redacción antigua del artículo 58 mereció algunas aclaraciones de la doctrina que podemos resumir así :

a) Que a pesar de su silencio, también se dispensaría a la mujer de seguir al marido dentro de la península, si éste hiciera una elección del domicilio con manifiesto abuso del derecho o infracción del deber de protección a la esposa que le imponía el artículo 57 del Código, por ejemplo a un lugar notoriamente perjudicial para la salud de su mujer. (44).

b) Que no precisaba el Código el concepto de justa causa, para eximir a la mujer de ir a Ultramar ; dejaba el concepto al arbitrio de los Tribunales, pero indudablemente en ella cabía una gama aún más amplia que la señalada para excusar de seguir al ma

rado dentro de la península, y se entendería por - justa causa, la falta de salud, la imposibilidad de atender a la administración de sus bienes propios, (45), situación de guerra o de epidemia en el país a donde vaya el marido o imposibilidad de dar en - él educación a los hijos (46) ; condena al marido - a la pena de extrañamiento. (47)

c) El procedimiento judicial para obtener la - dispensa de seguir al marido, no señalado en el Có digo ni en las Leyes de procedimiento. La doctrina se inclinó por el juicio de mayor cuantía, por ser instimable la declaración objeto de la súplica. Así Manresa, Mucius Scaevola (48) (48 bis). Lacruz lo - indica como dudoso, señalando como posible "acaso- con mayor razón" el procedimiento de incidentes (49).

d) La fijación del domicilio no se consideraba - propiamente un derecho del marido, sino una función de la jefatura familiar ; por lo que en los casos - en que el marido se incapacitaba y quedaba privado- de la autoridad marital, pasaba a la mujer el dere- cho de fijar el domicilio. (50)

La reforma ha modificado la redacción del artícu lo 58 que ahora dice así : "Los cónyuges fijarán de

común acuerdo el lugar de su residencia. En su defecto, si hubiere hijos comunes, prevalecerá la decisión de quien ejerza la patria potestad, sin perjuicio de que a instancia del otro cónyuge pueda el Juez determinar lo procedente en interés de la familia. En los demás casos resolverán los Tribunales."

Es consecuente esta redacción con la intención general de la reforma de elevar a la mujer al mismo plano que el del marido.

En primer lugar, pues, el lugar de residencia habitual se fijará por ambos cónyuges de común -- acuerdo.

En segundo lugar, a falta de acuerdo, y si hubiera hijos comunes prevalecerá la decisión de -- quien ejerza la patria potestad.

Y en tercer lugar, si no hubiera acuerdo, ni tu vieran hijos comunes resolverán los Tribunales.

Sin embargo el precepto sugiere una porción de reflexiones :

a) La primera cuestión es qué quiere decir el Código con la palabra "residencia", dada la imprecisión que existe en esta materia en la que se usan

indistintamente las palabras "vecindad" (art. 14 C. civil), "domicilio" (art. 40 C. civil), y "residencia" (art. 58 C. civil , y toda la legislación sobre delitos monetarios, inversiones extranjeras -- etc.) .

Dice Sanz Fernández que el artículo 58 "puede -- plantear el problema de si se refiere a la residencia habitual, o sea al domicilio (art. 40), o tambien a una residencia accidental transitoria, aunque sea más o menos duradera. Parece que dada la terminología actual y anterior del precepto debe comprenderse tambien esta última, si bien el verbo fijar, -- utilizado por el artículo en ambas redacciones, antigua y nueva, implica una cierta estabilidad o permanencia de la residencia, aunque no sea la habitual determinante del domicilio." (51)

/con Sanz Fernández/
Creemos/que la palabra residencia en esta ocasión ha de entenderse en amplio sentido, o sea no solamente en cuanto a su equivalencia con vecindad y domicilio, sino tambien en cuanto a la llamada residencia accidental, cuya fijación será tambien facultad del que ostente la patria potestad.

b) La decisión sobre el domicilio concreto, co--

rresponderá normalmente al marido, que es quien ejerce la patria potestad en los casos normales (art. -- 154 C.c.). La igualdad de plano no se ha conseguido totalmente.

c) Esta facultad del marido, sin embargo, parece que solamente dura mientras tenga hijos bajo su patria potestad. El Código dice "la decisión de quien ejerza la patria potestad". Hay que estar en el ejercicio de la patria potestad para poder decidir. No podrá por lo tanto decidir mientras no haya hijos comunes, o una vez que estos hijos hayan salido de la patria potestad aunque sigan viviendo en compañía de los padres o hubiera perdido la patria potestad.

En opinión de Sanz Fernández no puede equipararse al supuesto de hijos comunes menores el supuesto de existencia de hijos mayores de edad o emancipados -- que se hallaren incapacitados y sujetos a tutela del propio padre, pues no es equiparable la tutela a la patria potestad. (52)

d) Tanto en caso de falta de acuerdo de ambos cónyuges como contra la decisión del que ostente la patria potestad, se acudirá al Juez. Si bien el nuevo artículo 58 emplea primero la palabra "Juez" y des--

pués la palabra "Tribunales", hay que entender que en todos los casos de planteamiento judicial hay - que acudir a la misma vía, que sigue sin estar señalada, y que se supone sea el juicio ordinario de mayor cuantía. Así Lacruz (53) y Cortezo (54). -- Diez Picazo se limita a decir que el artículo 58 - necesita "ser completado con las correspondientes-normas procesales".(55)

e) En el supuesto de reclamación contra la deci sión del padre en ejercicio de la patria potestad, parece obligado tener que alegar una justa causa.- Cuales sean éstas, es materia al arbitrio de los - tribunales.

f) En todos los supuestos de reclamación judi cial será preciso proponer otro domicilio distinto al inicialmente señalado o propuesto. El Juez debe rá elegir, de entre esos domicilios propuestos, el que considere más procedente en interés de la fami lia. No parece que pueda elegir un tercer domici lio no propuesto por ninguno de los cónyuges.

g) La decisión judicial ha de atender al inte rés de la familia. Las circunstancias que determi nen ese interés por fuerza han de ser varias : de-

ber de residencia de uno de los cónyuges por razón de su cargo, función o profesión ; lugar donde se obtengan los ingresos que sostienen económicamente a la familia ; salubridad ; inmoralidad ; etc..

h) El "lugar de residencia" que dice el precepto comentado, tanto puede referirse a la población como a la vivienda concreta dentro de una misma población. Así lo entiende Lacruz (56), quien cree que el Juez al fijar la población puede concretarse instalado el domicilio en vivienda que reúna determinadas características de situación, comodidad, amplitud, etc.

Es algo dudosa esta conclusión. Las características de la vivienda no son materia de residencia, sino de nivel de vida. Debemos buscar solución a ese detalle a través de otras normas, tal vez con apoyo del artículo 59 cuando establece que el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario. Volveré sobre este punto más adelante.

i) La residencia convenida o señalada judicialmente puede ser cambiada por otra, de mútuo acuerdo en todo momento y también por decisión judicial,

cuando desaparezcan las causas que motivaron el señalamiento anterior.

La cuestión, como advierte Sanz Fernández,"ofrece especial importancia en el caso de que hubiera sido el marido quien la hubiera hecho por existir hijos menores bajo su potestad; ¿podrá la mujer -- por el solo hecho de haber llegado los hijos a la mayor edad o emancipación y haber cesado, por tanto, la patria potestad del padre, acudir al Juez para fijar un nuevo domicilio o residencia, rectificando la decisión del marido ?. La estabilidad de la residencia conyugal parece que lleva a la solución negativa, salvo que concurriere la circunstancia dicha de haber cambiado la situación familiar."(57)

Por el contrario Lacruz Berdejo afirmó que "fijado el lugar de residencia por el titular de la patria potestad, o por el Juez dando preferencia a la propuesta de éste (el marido), podrá el otro cónyuge - la esposa habitualmente - cuando cese la patria potestad, pedir que se revise la decisión."(58)

j) La decisión judicial puede señalar un domicilio único para la familia ; o puede liberar a un cónyuge de vivir en el domicilio familiar. Esta po-

sibilidad, que existía en el viejo artículo 58 como hemos visto, debe entenderse posible hoy también da da la amplitud de dicción del nuevo artículo que no dice que el Juez decidirá un domicilio, sino que au toriza al Juez para "determinar lo procedente en interés de familia". Así lo entiende Díez Picazo (59).

A juicio de Sanz Fernández, la intromisión de -- los Tribunales en la vida familiar, puede ocasio--- nar el grave riesgo de "una pérdida de intimidad de las relaciones matrimoniales y de que en muchos ca- sos esa intervención puede representar el primer pa so para una separación conyugal". (60)

k) Surge la duda de la repercusión del nuevo artí culo 58 respecto al 64 de la Ley de Enjuiciamiento civil, como plantea Díez Picazo (61). En la discu-- sión parlamentaria se planteó también la cuestión y se sostuvo que no era del caso reformar la Ley de - Enjuiciamiento civil pues un precepto y otro regu-- lan materias diferentes : La Ley de Enjuiciamiento civil, señala la cuestión legal de cuál sea el domi cilio de la esposa ; El Código civil solamente seña la quien elige el domicilio, (62), elección que de- ser atributo del marido ha pasado a ser materia de-

común acuerdo como norma general.

Por otra parte, el Tribunal Supremo tiene declarado que la presunción de que el domicilio de la mujer es el de su marido cede ante la prueba de que tiene otro distinto, aún no estando legalmente separados, si tiene el consentimiento expreso o tácito del marido. La Jurisprudencia es muy numerosa sobre este particular.

No son propiamente restricciones los otros dos deberes que el artículo 56 coloca junto al deber de vivir juntos, el de guardarse fidelidad y el de socorrerse mutuamente.

Son deberes, con un contenido de mayor carácter moral que jurídico, y por lo tanto con difícil cumplimiento obligatorio. A lo más que se llega es a sancionar su incumplimiento. Así lo ha entendido y lo entiende la doctrina. Entre otros Puig Brutau (63), Lacruz y Sancho Rebullida (64), y Sanz Fernández. (65)

El incumplimiento del deber de guardarse fidelidad dá lugar a la separación legal. Es una causa para pedir la separación (art. 105 nº 1 C.c.). Es también -

un delito, el de adulterio (art.449 y sig. C. Penal) que además de las repercusiones en el campo sucesorio (arts. 852, 853, 854 en relación con el 756 del Código civil), dá lugar a una indemnización de daños, basada en el delito, conforme al artículo 104 del Código Penal, y así la concedió la Sentencia de 24 de octubre de 1959. Es más dudosa en el campo civil, -- que en general se trata de fundamentar en el artículo 1.902 del C.c. Lacruz dice que debiera admitirse también una responsabilidad y correlativa indemnización de caracter contractual puesto que estamos en presencia de infracción de deberes concretos (66). - Puig Brutau dice que si la acción se dirige contra el tercero con quien ha sido cometido el adulterio, - el fundamento deberá encontrarse en el artículo 1902. (67)

El deber de mútuo auxilio ha sido reiterado en el artículo 57. Expresaba éste, antes de la reforma, el deber del marido de proteger a su esposa y el correlativo de ésta de obedecer al marido. Ahora dice que "El marido y la mujer se deben respeto y protección-recíprocos, y actuarán siempre en interés de la fami

lia". Queda fuera del campo de este trabajo el estudio de este deber, como ha quedado el de la fidelidad. La infracción del mútuo auxilio puede ser también calificada de delito conforme al artículo 487 del Código penal. Y en el orden civil, su manifestación más clara, al decir de Castán la única, es el deber de alimentos. (68)

4.- Ninguno de los cónyuges puede obrar en contra del interés de la familia, y ambos se deben respeto y protección recíprocos.

Estas afirmaciones son las que establece el nuevo artículo 57 del Código civil. Redactado así en la reforma de 1975, significa un cambio importante respecto a la redacción que tenía antes, según la cual "el marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido".

En este viejo artículo 57 se fundaba por los tratadistas la llamada Autoridad marital. Sobre esta materia se pueden encontrar muchas páginas escritas en todos los tratados de derecho civil y en otras monografías y trabajos. Haré breves indicaciones.

La idea central era la de que el matrimonio no -- llegaba a producir unidad de persona, pero es un organismo, una sociedad, necesitado de un mando, de -- una dirección única. Y ésta dirección o mando se venía concediendo al marido, por diversas razones.

Una teoría se basaba en que el varón tiene más -- fuerza corporal, y en él predomina la razón, mientras que la mujer es más dada a la sensibilidad y a

los efectos.

Otros aludían al papel que cada cónyuge desempeña en el matrimonio : la mujer, ocupada con la gestación y cuidado de los hijos, resulta menos apta - que el marido, más libre, para la relación con terceras personas, y por lo tanto resulta éste más adecuado para ostentar la dirección. Se añadía un argumento histórico, el de que en cuantos siglos se volvía la vista atrás, y en cuantos pueblos se examinaban, en todos había correspondido al marido ésta autoridad marital.

A título de ejemplo recojo a continuación las palabras de unos pocos de los muchos civilistas españoles que han expresado las ideas anteriores.

Clemente de Diego dice que "el matrimonio, como-comunicación la más íntima de la vida que se establece entre dos individuos de distinto sexo", "constituye un estado civil por el que queda afectada intensamente la persona de los consortes". Aparte la inhabilitación que produce para otros estados incompatibles, sigue diciendo, y aparte impedir la realización de ciertos contratos entre los cónyuges, produce otros efectos. "La capacidad de la mujer es la

que resulta afectada más por el matrimonio". El matrimonio exige unidad, y ésta a su vez es una condición de la buena gestión de los intereses conyugales. "Para no autorizar la anarquía en este organismo, y que sus movimientos no resulten inarticulados, el supremo poder directivo tiene que encarnar en -- uno de los dos cónyuges, por lo menos para el caso -- en que no estando conformes con una decisión surja conflicto entre ellos. Y como el hombre parece mejor dotado por la naturaleza para el ejercicio del poder, de aquí que a él corresponda esa superior dirección"(69). Más adelante, al hablar de la licencia marital, dice : " El sexo ya sabemos que por sí no es causa modificativa (de la capacidad) ; unido al matrimonio, sí. La incapacidad de la mujer casada se funda, más que en la naturaleza escuetamente, en el buen régimen de la familia". Para mantener la unidad familiar hay que "limitar prudencialmente la capacidad de los cónyuges, en especial la de la mujer, ya que la jefatura encarna en el hombre. Ahora bien, el medio supletorio de la falta de capacidad -- en la mujer está en la autoridad marital ; y en -- nuestro antiguo derecho y aún en el vigente para al

gunos casos, en la autoridad judicial". (70)

Sanchez Román se manifiesta en términos parecidos. Al comentar los artículos 56 y siguientes del Código-civil, éstos en su vieja redacción, explica los efectos civiles del matrimonio en cuanto a las personas - de los cónyuges, que va desmenuzando ; Nos habla de - la unidad del matrimonio que produce el deber de vida común, y habla también de la dirección del matrimonio que produce la obediencia de la mujer y la autoridad-marital ; y tras una serie de consideraciones, concreta : "El Código se inspira, decididamente, en el sistema de que el matrimonio origina cierto defecto de - capacidad en la mujer, combinando este principio con el de la autoridad marital, no absoluta sino limitada, y produciendo la consecuencia legal de que se supla normalmente ese defecto de capacidad civil de la-mujer casada con lo que en Derecho se llama, de antiguo, licencia marital." (71)

Manresa arranca también de la afirmación de que -- sin familia bien organizada no hay sociedad posible, -- para seguir con la de que las leyes, para ello, procuran conservar el hermoso principio de la unidad en el matrimonio. En éste , dice, "es indispensable una ca-

beza, una individualidad que la represente y dirija; y para que la dirección exista en condiciones de eficacia, se impone el establecimiento de relaciones de autoridad y de subordinación." De ahí pasa a tratar de los deberes de obediencia y demás, y al llegar a la licencia marital, se expresa así : "Nuestro Código, y los de otros muchos países, en especialidad latinos, aceptan con más o menos variantes, el sistema llamado de la autorización marital, según el cual la mujer no puede obrar sin licencia del marido, cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio y aunque se adopte el de separación de bienes." No roza siquiera la idea de efectos del matrimonio sobre la capacidad del marido, que pueda restringirla. Pero en cambio afirma de modo claro que el matrimonio produce la incapacidad de la mujer, la cual incapacidad tiene en el Código, según Manresa, tres fundamentos : consecuencia del principio autoritario de la potestad marital y para robustecerla ; los intereses del matrimonio, sus bienes, que así quedan garantizados ; y la protección de la mujer, para precaver las consecuencias de su inexperiencia. "No es que la mujer, dice Manresa, por el hecho de casarse pierda --

por completo las condiciones intelectuales a propósi-
to para discernir lo que le es perjudicial de lo que
le es favorable, sino que el marido tiene el deber -
de protección ; y el precepto del artículo 57 que -
así lo establece, no podría cumplirse si al obligado
a ello no se le diesen medios." (72)

Mucius Scaevola reitera en parte lo mismo. La so-
ciedad conyugal la forman marido y mujer. "La fortaleza del hombre, su mayor resistencia para los trabajos físicos, su capacidad mental más apta para las -
abstracciones, a la inversa de la mujer, más a propósito para la observación subjetiva, confieren al varón la facultad de dirigir la sociedad matrimonial.-
Es el jefe de la misma, De aquí el deber de proteger a su esposa." (73)

Pérez González y Castán afirman que "el Código civil español mantiene resueltamente la posición directiva del marido dentro del matrimonio. Son expresión de este sistema la mayoría de los preceptos comprendidos en la sección dedicada a los derechos y obligaciones entre marido y mujer, concebidos casi todos -
ellos para señalar potestades en el marido y restricciones en la mujer". (74)

Castán, en otro lugar, dice que "la sociedad conyugal es una sociedad poliárquica regida en un principio por la ley de igualdad, más para la unidad de vida, dirección y gobierno hay que conceder cierta preeminencia a uno de los cónyuges, el marido ; éste ha de consultar a la mujer, pero cuando el acuerdo y la armonía sean imposibles, se impone, como un mal menor y para evitar la anarquía en la familia, - conservar un último e inevitable vestigio de autoridad marital". (75)

Santamaria arranca de la idea de unidad en el matrimonio, que según él, las leyes civiles no se atreven a declarar pero intentan obtener imponiendo la autoridad del marido. Tras una incursión breve por tiempos y derechos lejanos, dice que en los tiempos modernos "el sexo ya no es causa de incapacidad ; pero la mujer casada está limitada, incluso en las legislaciones modernas no demasiado avanzadas, si se la compara con la soltera o viuda. Luego esa limitación surge del estado matrimonial. La razón de ello no -- puede ser otra que el imperativo de conservar la unidad". Ese mando único se concede al varón, añade, -- por estar "más preparado para la vida exterior, más-

resistente, no limitado por esos espacios de tiempo en que la mujer se debe y se dá entera a sus hijos, es el más apto y señalado por la naturaleza para -- ejercer el mando", y más adelante añade : "La autoridad marital tiene una doble dimensión : de un lado, frente a terceros y se llama licencia ; y de otro, - entre cónyuges, y se llama deber de obediencia". - (76)

Lacruz Berdejo también muy explícito: Dice : "Al constituir los cónyuges un grupo que trasciende de lo meramente individual e inorgánico, el cumplimiento de los fines de la sociedad conyugal requiere en ella una autoridad que la dirija". Se refiere luego a los derechos antiguos, de Roma y de la Edad Media, en todos los cuales la mujer no queda emancipada de la potestad marital, ni siquiera en el matrimonio - sine manu, ni tampoco a pesar de la influencia del Cristianismo y dice que el Código civil, con su artículo se atiene a la concepción más antigua. En - ese artículo "se concede al esposo un verdadero poder sobre la mujer, no limitado a decidir en los - asuntos familiares cuando haya conflicto, sino de - verdadero dirección de la familia y, en cuanto mien

bro de ella, de la mujer".(77)

Ahora bien, Lacruz, al publicar su Derecho de Familia en 1974, en colaboración con Sancho Rebullida - mantiene aproximadamente las frases anteriores, ya - expresa una posición un tanto diferente, porque añade : "Pero el ejercicio de esa potestad, a la vista de las actuales orientaciones legislativas, incluso - españolas sólo debe entenderse posible en función de su finalidad familiar, de modo que el marido no podrá reclamar la obediencia de la mujer cuando no se - halle en juego directa o indirectamente, el interés - del matrimonio". (78)

Esta manera de entender la autoridad marital ya - se había manifestado, más o menos abiertamente, por - algunos otros civilistas anteriores.

Castán en sus viejas ediciones ya nos hablaba de - que el matrimonio había producido históricamente un - fuerte régimen de restricción de la capacidad de -- obrar de la mujer casada, justificado por la necesidad de mantener la unidad en la dirección económica - y moral de la familia. Pero esta tesis es dudosa para Castán. Dice que es muy marcada la tendencia a - abolir las instituciones que encarnan la supremacía -

del marido, como es la venia marital, pero que el problema es difícil y muy complejo." Por encima de la esfera de las actividades independientes de los cónyuges, hay una esfera de vida común, que ha de ser protegida para que la familia no pierda su cohesión y estabilidad. Las exigencias de la dignidad de la mujer y la igualdad de los sexos han de ser conciliadas, por ello, con las de la unidad de dirección y gobierno que la familia, como cualquiera otra organización o sociedad, necesita. Y si se quiere repudiar el sistema tradicional de la autoridad marital, hay que sustituirlo por un mecanismo de autoridad conjunta y limitaciones recíprocas, -- acompañado de un recurso ante los Tribunales ordinarios o de familia, para casos de conflicto, que -- ofrece no pocas complicaciones y dificultades." (79)

Y al llegar al concreto artículo 57, después de indicar que la teoría tradicional de la autoridad marital basada en la necesidad de una autoridad y en que ésta debe corresponder al hombre por razón de sus condiciones de superioridad natural ; y después de señalar cómo esa tradicional teoría se corregía y tambaleaba por influjo de la filosofía --

cristiana y de las doctrinas feministas, decía que - nuestro Código civil "al establecer en el artículo - 57 el crudo precepto de que el marido debe proteger a la mujer y ésta obedecer al marido, dá por supuesto un cierto grado de inferioridad e incapacidad de la mujer, ya que la estima necesitada de protección. Pero por otros varios preceptos "nuestro sistema legal confirma también la concepción moderna según la que el poder marital, más que tal poder es una función encomendada por la ley al marido, a quien corresponden los más graves deberes, y han de otorgársele, en consecuencia, las facultades necesarias." - (80)

En el mismo sentido se manifiesta Puig Peña (81), Puig Brutau (82), Castro (83), Díez Picazo (84), etc.

Esta diferente manera de entender la cuestión, y de rechazar el supuesto dogma de la autoridad marital, tiene r fleo en nuestra Legislación. La Ley de 24 de Abril de 1958 introduce una indudable cortapi sa a la autoridad marital al establecer la necesidad del consentimiento de su esposa para los actos de disposición sobre bienes gananciales que sean inmuebles o establecimientos mercantiles, pero al mismo -

tiempo no modifica otras manifestaciones de esta autoridad, especialmente la licencia marital para actos jurídicos, porque todavía predominan las viejas opiniones, que afloran en la Exposición de Motivos - cuando dice que si bien el sexo por sí sólo no puede determinar diferencia de trato jurídico, en cambio - el matrimonio puede originar desigualdades "para el mejor logro de los fines morales y sociales que, conforme al Derecho Natural está llamado a cumplir" ; y por ello, en la sociedad conyugal, por exigencias de la unidad matrimonial, "existe una potestad de dirección que la naturaleza, la Religión y la Historia - atribuyen al marido."

Más se ensancha el panorama en la Ley de 22 de julio de 1961, que reconoce a la mujer igualdad de derechos políticos, profesionales y de trabajo, que el hombre, y en la que puede leerse en su Exposición de Motivos que se suprimen restricciones "basadas en situaciones sociofólicas que pertenecen al pasado y -- que no se compaginan ni con la formación y capacidad de la mujer española ni con su promoción evidente a puestos y tareas de trabajo y de responsabilidad." - No obstante la misma Exposición de Motivos dice en -

párrafo siguiente que sigue vigente lo dicho en la Ley de 1958 de que el matrimonio exige "una potestad de dirección que la naturaleza, la Religión y la Historia atribuyen al marido".

Y así aparece la reforma de 2 de Mayo de 1975. - Suprime ésta, de modo formal, la autoridad del marido, mediante una serie de redacciones nuevas a - viejos artículos del Código ; y especialmente con la redacción nueva del artículo 57.

La Exposición de Motivos no se esfuerza mucho - en fundamentar decisión tan trascendental. Dice simplemente que una de las corrientes de opinión fuertemente sentidas en nuestros días en el ámbito del derecho privado es la que incide sobre la situación jurídica de la mujer casada. "Sufre ésta limitaciones en su capacidad de obrar que si, en otros tiempos pudieron tener alguna explicación, en la actualidad la han perdido." Como se vé, no nombra expresamente a la autoridad marital y solamente alude, -tampoco sin nombrarla- a la licencia marital, para decir que es "creadora de trabas en la vida jurídica, sin la contrapartida de una serie - protección de los intereses de orden familiar".

En fin, sigue diciendo que las transformaciones profundas que ha experimentado la sociedad hacen aconsejable una revisión del derecho de familia, y que uno de esos puntos es el de reconocer a la mujer casada un ámbito de libertad "que es consustancial con la dignidad misma de la persona, proclamada en las leyes Fundamentales,

Estas últimas frases han merecido un acre comentario de Lacruz que dice que las razones que se -- alegaban en la reforma de 1958 para conservar el -- viejo régimen de autoridad marital tenía unos argumentos "que por permanencia hubieran debido impedir la reforma" ; y que si la falta de libertad de la mujer casada que provenía del deber de obediencia, atentaba a la dignidad de la persona "¿es que la dignidad era distinta en 1958?" (85)

Así ha surgido la nueva redacción del artículo-57 que dice : "El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos, y actuarán siempre en interés de la familia".

Con la desaparición de la Autoridad marital, -- con la desaparición del deber de obediencia de la mujer, desaparecen algunos problemas que tal deber

planteaba a nuestros civilistas.

Entre los problemas que dejan de serlo, podemos -
indicar algunos :

La mujer casada puede ya sin licencia del marido, y sin que el marido pueda prohibirle la actividad, - dedicarse al comercio ; ejercer actividades de carácter religioso, cultural, político, deportivo, ejercer cargos políticos, profesionales, de trabajo. Este último aspecto estaba en gran parte resuelto por la -- Ley de 22 de Julio de 1961, aunque no del todo por-- que admitía la posibilidad de la oposición del marido "cuando por la Ley se exija la autorización marital" (art. 4), si bien también establecía la posibilidad de que la mujer recurriera judicialmente contra tal negativa cuando haya sido "hecha con mala fé o con abuso de derecho".

Puede igualmente resolver sobre aspectos de su salud y de su físico, decidir sobre una operación quirúrgica, tratamiento de belleza, manera o moda de -- vestir, etc.. Aspectos que ya antes de la reforma se solían admitir como de ámbito reservado a la mujer, - como emanaciones del derecho de la personalidad.

Ha desaparecido también la posibilidad que antes-

se aceptaba, de que el marido vigile la correspondencia de su mujer. En general se admitía un derecho de vigilancia concretado a conocer las personas remitentes y destinatarias de la mujer, pero sin poder abrir o leer la correspondencia, por considerar que era ya conducta vedada por el Código Penal. Así Lacruz (86) y Castán (87). Aunque no faltaban opiniones que admitían la posibilidad para el marido de abrir o de leer las cartas para evitar daños irreparables en la vida familiar, por considerar tales actuaciones como hechas en estado de necesidad y por lo tanto exentas de responsabilidad penal. En ese sentido Castro (88), opinión recogida por Castán. (89)

Otro aspecto, el de las visitas que la mujer podría recibir en casa, o hacer a su vez, era considerado con más rigor, entendiendo el derecho del marido a prohibir las visitas que tuviera por conveniente o poco menos. Así Lacruz (90) y Puig Peña (91).

Hoy parece que tal limitación ha desaparecido o - por lo menos se ha atenuado con relación a la mujer.

El artículo 57, además de hacer recíproco el deber de protección, ha sustituido el verbo obedecer - por el respetar, y ha hecho también recíproco ese deber

ber de respeto.

Tiene el respeto menor carga obligacional que la obediencia. Ya no se trata de "cumplir con la voluntad de quien manda" sino "tener miramiento, consideración, acatamiento", como dice nuestro Diccionario de la Lengua. Pero es indudable que dentro del deber de respeto se han de incluir algunas limitaciones a la actividad, ahora tanto del marido como de la mujer. Ninguno podrá dedicarse a alguna actividad, que aunque no sea penal, se considere deshonorosa. Ninguno podrá recibir en el hogar común visitas que resulten escandalosas, o gravemente molestas para la paz del hogar y la educación de los hijos ; y parece que uno y otro cónyuge tendrán derecho de saber quienes visitan el domicilio.

La regulación vigente de estos deberes plantea - el problema de siempre : el carácter escasamente jurídico de estos deberes recíprocos de respeto, y -- protección, la dificultad de hacerlos cumplir coactivamente.

Algunos aspectos, como, las lesiones corporales, - la privación de libertad, la denegación de auxilio, son conceptos penales y se pueden nombrar aquí, --

aunque se refieren a toda persona, no solamente a los cónyuges entre sí. Otros aspectos, ya se refieren a los cónyuges, y pueden citarse las sevicias graves que hacen difícil la vida común, contempladas en el Código Canónico (c. 1.131) como causa de separación. También son causa civil de separación, en su artículo 105 "los malos tratos de obra y las injurias graves" (nº 2), "la violencia ejercida por un cónyuge sobre el otro para obligarle a cambiar de religión" (nº 3) y "la propuesta del marido para prostituir a la mujer" (nº 4).

Pero salvo estos casos extremos, en general la vida diaria entre cónyuges, sus posibles faltas de respeto y protección, quedan fuera de las valoraciones y las responsabilidades jurídicas.

Lo mismo ocurre con el deber de actuar siempre en interés de la familia. Podemos citar un caso extremo, sancionado por el Código civil, cual es la conducta o gestión económica tan desastrosa que haga calificar a su autor de pródigo. No solamente el cónyuge, sino otras personas de la familia pueden pedir la declaración de prodigalidad y la formación de la tutela (art. 222 C.c.). Pero una gran mayo--

ría de actuaciones será difícil de valorar en el campo jurídico.

En fin, por terminar este apartado, la doctrina - se enfrentará con el problema del fundamento de este artículo 57 en su nueva redacción. Las varias explicaciones que se nos daban sobre la razón de ser de la Autoridad marital, desaparecen al desaparecer en gran medida la Autoridad del marido. La razón de que la unidad de vida que es el matrimonio pueda mantenerse y funcionar sin unidad de mando queda un tanto oscura. Parece que el Código piensa en el interés de la familia, como norma orientadora de la actuación de uno y otro cónyuge. Aunque como advierte Sanz Fernández, - la adición de éste concepto en el art. 57 hay que - reconocer que tiene poco valor (92). Coincide con el criterio de Lacruz que en El nuevo Derecho Civil de la mujer casada dice "problemente este final del precepto no ha sido muy pensado por el legislador y su presencia en el texto obedece más bien a lo biensónante de la obligación moral que encierra que a su - posible efectividad práctica (93).

Queda sin resolver quién decide la actuación, --- cuando no haya unidad de criterio.

Para terminar este apartado sobre la autoridad marital parece obligado indicar, de una parte el gran avance que para la mujer ha significado la reforma - de 1975, al admitirse plenamente su capacidad civil - para contratar y al desaparecer la licencia marital. E indicar tambien de otra parte que ésta supresión - de la supremacía del marido no ha sido completa, pues aún quedan algunos residuos de ella.

De éstos se suelen citar la mayor decisión que - tiene el marido a la hora de fijar el domicilio y el lugar preferente que ocupa en el ejercicio de la patria potestad. En realidad ambas son manifestaciones de jefatura familiar no propiamente de autoridad marital.

Son residuos de la autoridad marital en cambio -- los preceptos del Código que se refieren al gobierno de la sociedad de gananciales, especialmente los artículos 59, 1412 y 1416 del Código civil. De el alcance de estos preceptos y de su actual dificultad de aplicación junto con la actuación plena de la mujer casada, haré algunas indicaciones en este mismo trabajo - más adelante.

5.- Cada cónyuge queda sujeto a lo que el otro -
hace en ejercicio de sus facultades domésticas.

El deseo de equiparar a marido y mujer que ha manifestado el legislador al reformar el Código Civil en numerosos artículos por la Ley de 2 de mayo de 1975, ha hecho que también modifique un artículo -- que se refería exclusivamente a la mujer, a la facultad que tenía ésta de obligar a los bienes de la sociedad conyugal, como consecuencia del poder que tradicionalmente se ha denominado "poder doméstico de la mujer casada" o "potestad de la llave", institución germánica (Schlussel Gewalts) recogida en el antiguo artículo 62 del Código civil español.

Pérez Sanz dice que "el antiguo artículo 62 del Código civil contenía una importante mitigación de la situación fuertemente restrictiva, que asignaba a la mujer casada, al reconocerle un amplio campo de poder y actuación, cual era el referido a las cosas destinadas al consumo ordinario de la familia -- que de hecho agotaban casi el haber patrimonial de la familia media, que quedaba comprometido y sujeto a responsabilidad por esta actuación de la mujer".-

La Ley de 1975 ha retocado la regulación de ésta potestad doméstica y redactado de otra manera el -- precepto que contenía el artículo 62, que ha pasado a ser el 66 y dice así : "Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos relativos a cosas o -- servicios para atender las necesidades ordinarias -- de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y las circunstancias y posición de la misma."

De esta nueva regulación resulta, que la nueva - potestad doméstica se refiere no sólo a la mujer, - como era antes, sino también al marido. En la actualidad esta potestad tiene carácter general referida a ambos cónyuges.

Respecto al punto que ahora nos interesa, como - restricción de la capacidad común a marido y mujer - nacida directamente de la ley, nos sirven las palabras de De Castro que aunque referidas al antiguo - art. 62 se pueden aplicar aquí ; "otro aspecto de - la situación del marido es que los actos realizados por la mujer sobre cosas que por su naturaleza es-- tán destinados al consumo ordinario de la familia - (art. 62) son válidos, y en su caso, le obligan sin su -

voluntad y aún frente a su expresa declaración en -
contra ; o sea, que en esa esfera la mujer tiene un
poder legal o impuesto al marido, cuya capacidad de
obrar queda así afectada." (95)

Para Castro el artículo 62 era una regla de capa-
cidad que daba validez a lo actuado por la mujer ca-
sada, a pesar de obrar sin la licencia marital que-
entonces necesitaba. Para Pérez y Alguer en las An-
otaciones a Ennecerus (96) era "una propia facultad-
legal". También ésta era la opinión de Gonzalez En-
riquez (97). Rechazaba Gonzalez Enriques la teoría-
un tanto extendida en otros países de que la mujer -
obrababa como mandataria o representante de su marido
(representación legal, según Planiol y Colin Capi-
tant ; mandato tácito, según Pothier y casi toda la
doctrina francesa de la época), porque con esa teo-
ría no quedaba explicado que quedasen también obli-
gados los propios bienes de la mujer. Cossio, igual-
mente, rechaza la teoría del mandato tácito y esti-
ma que "al actuar (la mujer) dentro de los límites-
del art. 62 (antiguo) utiliza un derecho que la ley
excepcionalmente la reconoce" (98).

Consecuencia de esa naturaleza es la de que no -

cabe revocar ni limitar las facultades de la mujer en esta materia. Y así Castro al hablar de la potestad doméstica de la mujer, y del art. 62 dice : "El primer párrafo del art. 62 determina la eficacia de una clase de actos, pero nada dice respecto a los bienes que han de responder de las obligaciones asumidas ; esto dependerá del régimen patrimonial de la sociedad. La separación establecida por el art. 62 entre la cuestión de la validez (capacidad) y la -- del régimen de los bienes hace que el poder de la -- mujer para realizar válidamente estos actos no pueda ser suprimido ni disminuido por las capitulaciones matrimoniales ni por voluntad posterior del marido o de ambos cónyuges" y continúa diciendo "En las capitulaciones matrimoniales podrá señalarse la distribución de cargas, mientras no sean contra la buena fé y las buenas costumbres ; pero ello afectará sólo a la preferencia con que respondan los bienes siendo válida la obligación y a cargo de la sociedad conyugal, todos los bienes de ella quedan -- obligados. La teoría del mandato tácito permite al marido desautorizar a la mujer y, de este modo hacer ineficaces los actos por ella realizados des---

pués de hecha pública la desautorización. El art. 62 al declarar la validez de tales actos, no deja margen a la intervención marital. Es una cuestión de capacidad, y como tal, fuera del ámbito de la voluntad individual". (99)

Aunque referido al antiguo art. 62 nos sirven sus palabras para el nuevo art. 66.

Con la redacción de 1975, y suprimida la licencia marital, indudablemente se acentúa la naturaleza de ser el precepto una facultad legal, una legitimación para celebrar determinados actos (los de la esfera doméstica). Una potestad emanada directamente de la Ley, como dijo Cámara, con referencia también al viejo artículo 62, (100)

Esta facultad legal de actuar, o legitimación, está dada a ambos cónyuges, con razón.

Por lo que se refiere a la mujer, desde luego pues en la mayoría de los casos en que rige el sistema de gananciales, al no ser la mujer administradora quedaría imposibilitada de celebrar los actos o contratos de administración que implica atender a las necesidades ordinarias de la familia.

Pero es que con referencia al marido también es -

adecuada la regla legal, aunque de momento suene a extraño, porque, se dice el marido ya es administrador de la sociedad de gananciales y para qué necesita estar legitimado para actuar en un grupo de actos de administración. Sin embargo, téngase en cuenta que al artículo 66 está lejos todavía de -- las normas del Código relativas a regimenes matrimoniales; es aplicable cualquiera que sea el régimen económico matrimonial. Y por lo tanto es adecuado que el marido tenga esa legitimación legal -- de actuar, y afectar determinados bienes, independientemente de que sean gananciales.

Esta afirmación de que las facultades de la potestad doméstica está atribuida a ambos cónyuges -- independientemente del régimen económico matrimonial que exista entre ellos parece que es la que -- sostiene Lacruz cuando dice : "estimo -- la cuestión es discutible -- que si la mujer en el ámbito de la potestad doméstica puede obligar los frutos de los bienes del marido, éste también los frutos de los bienes de la mujer, por lo cual en los regímenes de separación, no habiéndose pactado otra cosa, los actos domésticos del marido permitirán a --

los terceros dirigirse con acción directa, contra -- las rentas de la esposa..." (101)

Es más, aún dentro del régimen de gananciales -- puede pensarse en casos en que sea de aplicación la facultad concedida al marido por el artículo 66. -- Sanz Fernández señala los casos en que, vigente la sociedad de gananciales, se haya transferido la administración a la mujer, sea por pacto o por otro -- motivo. (102)

En relación con el art. 66 vamos a examinar dos -- cuestiones :

a) La del alcance objetivo de esas facultades, o sea la de saber qué actos o contratos pueden hacerse en uso de esa facultad legal ; y

b) La de la responsabilidad, o sea la de qué bienes quedan afectados por la actuación ; responsabilidad que como toda la relativa a los cónyuges tiene dos aspectos, la interna y la externa ; la primera hace referencia a qué bienes deben soportar la -- carga cuando marido y mujer liquiden su sociedad -- conyugal ; y la segunda, la vertiente externa, se -- refiere a las relaciones con respecto a terceros, -- con respecto a los acreedores para determinar sobre qué bienes pueden éstos dirigir su acción, y qué --

clase de acción.

a) Ambito o alcance del precepto.

El derogado artículo 62 decía sencillamente "cosas que por su naturaleza estén destinadas al consumo ordinario de la familia", y hablaba solamente de "compras". La doctrina interpretaba el 62 a la luz del 1.362 que emplea la fórmula "gastos diarios -- usuales de la familia" y de esa manera se comprendían en la facultad legal no solamente la compra de artículos destinados al consumo (comestibles y combustibles, objetos de aseo y limpieza, ciertos medicamentos, ropa blanca y vestidos, utensilios de uso diario), sino también actos de administración referentes a ese género de cosas : contratos de servicios, reparaciones del hogar, y la conocida sentencia de 24 de Noviembre de 1900 consideró a la esposa facultada para contratar el arriendo de la vivienda fundándose en la necesidad apremiante que -- tiene de habitación al igual que el sustento.

Así Lacruz coincide en que son objeto de este poder una serie de gastos médicos, de necesidades que se repiten y que representan la sustitución de obje

tos ya existentes o de consumo, quedando excluidos los gastos de primera instalación. (103)

También se planteaba la cuestión de la cuantía del gasto, y citan Pérez y Castán la Sentencia de 18 de Junio de 1917 que versó sobre una compra de sombreros y otras prendas de lujo, hecha por cierta Marquesa en Biarrit por importante valor y que declaró estar comprendidas en el párrafo primero del artículo 62, ya que, por sus condiciones, clase, precio y circunstancias, eran proporcionadas al rango social, fortuna, -- costumbres y modo habitual de vivir de la compradora. (104)

Estos precedentes son los que parece ha querido recoger el nuevo artículo 66.

Dice : "los actos relativos a cosas o servicios para atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado; conforme al uso del lugar y las circunstancias y posición de la misma."

La redacción gramatical no es muy afortunada, pues surge la duda de si "el uso del lugar" y "las circunstancias y posición de la familia" son elementos que influyen para determinar cuales sean "las necesidades ordinarias de la familia" ; o para determinar cuáles de esas necesidades se deben considerar "encomendadas al cuidado del cónyuge que celebra el acto o contrato" ; o para determinar una y otra materia.

Son distintas las versiones que la doctrina va desarrollando sobre estas frases, y así tenemos que a juicio de Cortezo, "podríamos interpretar que hay una referencia al cometido de la esposa, ya que estas actuaciones son de su incumbencia en todos los lugares y en casi todas las familias". (105)

Según Lacruz (al comentar el art. 66) "cada uno - (de los cónyuges) pues, para atender a necesidades encomendadas a su cuidado, y por tanto - pues diversas son las necesidades a que cada uno atiende - con un ámbito de competencia distinto en el varón y la mujer". (106)

Coincide con Lacruz, Pérez Sanz que dice "cada cónyuge en la esfera doméstica, tiene una propia parcela de actuación para subvenir a las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su respectivo cuidado, conforme al uso del lugar y las circunstancias y posición de la misma. Son estos usos, en conexión con las circunstancias y posición de la familia, quienes determinarán en cada caso concreto, las necesidades que quedan bajo la competencia respectiva del marido y de la mujer y los poderes que asisten a cada uno de ellos, para atenderlas". (107)

En realidad lo que hay que censurar es la introducción del "uso del lugar" para determinar lo que sea. El uso del lugar que no existía en el viejo 62 no debe determinar nada. Es muy dudoso que pueda afirmarse que en las necesidades ordinarias de una familia exista un uso del lugar ; en todo caso habría muchos usos, no solamente según la posición económica o social de la familia, sino también según el uso de la misma familia que acostumbrará a vestirse y alimentarse mejor o peor. Además, de existir ese uso del lugar, parece injusto y absurdo que las facultades de los cónyuges en orden a las necesidades ordinarias varíen con las variaciones de residencia, hoy tan frecuentes ; y que al llegar a una nueva residencia tengan que empezar por averiguar cuál es ese supuesto uso del lugar, que por definición no está escrito en ningún texto, y después variar su nivel de vida para acomodarse a él.

b) Responsabilidad.

El Código civil en el artículo 66, y antes en el 62, se ha preocupado de conceder facultades para contratar lo necesario para la familia. Pero en

esos preceptos no se ha pronunciado por la responsa
bilidad patrimonial de tales actos. -

En general es materia poco estudiada. Se suele -
referir a cuando rige el sistema de gananciales y -
se expresa así :

Si es la mujer quien contrata, supuesto único --
del antiguo 62, la solución parece dada en el artí-
culo 1.362 y 1.385 párrafo 2º, según los cuales los
efectos de tales contratos se han de hacer responsa
bles sobre los bienes que sean gananciales, después
sobre los propios del marido, y por último sobre --
los de la mujer, dote inestimada y parafernales.

Pero si es el marido quien contrata, la cuestión
queda a las reglas generales de todos los contratos
celebrados por el marido. Así Sanz Fernández "no --
hay normas especiales en este sentido (responsabili
dad) para el marido porque es obvio que la responsa
bilidad por los actos que él realice, aunque pudie-
ran encuadrarse dentro de un contenido de potestad-
doméstica, sigue las reglas generales de la respon-
sabilidad del marido como administrador". (108)

Estas reglas generales parecen que dejan a salvo
los bienes de la dote inestimada y los paraferna---

les. De los contratos, aún domésticos, celebrados por el marido serían responsables solamente los bienes a su nombre (gananciales o privativos), y aún dotales inestimados y los frutos de los bienes de la mujer, que ya sabemos están afectos a levantar las cargas del matrimonio, y que además son gananciales en sí mismos. Pero no afectarían a los bienes de la mujer en sí mismos ; así Manresa (108)^{bis/} y Gonzalez Enriquez (109) y Lacruz que comentando la situación anterior a la reforma dice : "éste (el marido) pues, ni siquiera cuando remedia una necesidad doméstica apremiante obligaría directamente los bienes de su esposa." (110)

Esta solución, a poco que se piense, sorprende un poco. No se comprende bien cómo, tratándose de actos idénticos, (los que sirven para el sostenimiento de la familia), si los hace la mujer puede comprometer el capital del marido, pero si los hace el marido no puede comprometer el capital de la mujer. Y eso en una legislación, la anterior a 1975, en que al marido se le daban, en principio amplias facultades que no tenía la mujer. Una legislación que de modo expreso le nombra, antes y

ahora, administrador de "los bienes de la sociedad conyugal" (art. 59), no solamente de los bienes gananciales.

Tambien es extraño que de los actos domésticos -- del marido respondan los bienes de la mujer cuando -- se han transformado en un crédito (dote estimada ; -- producto de enajenación de inestimada y de parafernales) y no respondan en absoluto cuando persisten en su propia especie o subrogados en otros tambien específicos y calificados de propios de la mujer.

Por eso se han producido opiniones tendentes a -- dar mayor responsabilidad a los bienes de la mujer -- en estos casos. Citemos en esta línea a Pérez Sanz -- (111) y a Lacruz (112). Pérez Sanz dice que el artículo 66 "no ha sabido resolver la cuestión de la responsabilidad derivada de esta legítima actuación de los esposos. Asi debería haberlo hecho,..." "no obstante, sigue diciendo, el silencio legal, de los principios que latén en los arts. 1435, 1436 y 66 cabe deducir que la nueva realidad legal exige una rectificación del sentido tradicional dado a los arts. -- 1362 y 1385, y que en consecuencia, las deudas contraídas para atender a las necesidades de la pareja,

los hijos y el hogar común deben ser satisfechas a cargo de los bienes comunes, y si éstos no existen, porque el régimen matrimonial es el de separación o porque siendo de comunidad se agotaron, a cargo de los bienes privativos de los esposos, en proporción a sus respectivos bienes (arg. art. 1436) si el matrimonio se rige por sistema de separación, y si el sistema es el legal de gananciales a costa de los bienes del cónyuge administrador primero y luego a costa del otro cónyuge. Esto es así cualquiera que sea el cónyuge que contrajo la obligación siempre - que esta caiga dentro de la esfera de los actos dirigidos a atender una necesidad de orden familiar", y sigue diciendo "los acreedores, quienes podrán hacer efectivos sus derechos dirigiendo su acción contra las distintas masas patrimoniales, de acuerdo con los principios y prelación apuntados. Como dice Lacruz, cita Pérez Sanz, la acción de éstos --- acreedores no será una mera acción subrogatoria o una de gestión de negocios, sino que es directa y se encamina a hacer efectiva la responsabilidad de los esposos por las cargas matrimoniales. Un matiz procesal sin embargo debe apuntarse y es que, según

creo, la acción deberá dirigirse contra ambos cónyuges, debiendo aclararse en el proceso, el caracter-familiar de la obligación contraída y el patrimonio responsable, en el cual se va a hacer efectiva.."

Lacruz comenta la reforma de 1975 y dice que después de ella, en régimen de gananciales, la mujer - "conserva y confirma aquí (arts. 1.362 y 1.385-2º - no reformados) su potestad doméstica...comprometiendo.... los frutos de los bienes del marido y los su yos propios (conjuntamente), y por tanto en la comunidad de gananciales, los bienes gananciales ; agotados éstos el capital del marido ; y finalmente, - su patrimonio privativo, primero el dotal y luego - el parafernál". (113)

En cuanto al marido, como administrador de la sociedad de gananciales, puede comprometer esos bienes gananciales (1.408,1º). No dice Lacruz, nada de que pueda comprometer sus propios bienes, lo que parece indudable. Y respecto a qué pueda comprometer-bienes de su mujer, lo considera conveniente y lo - desarrolla después, como enseguida veremos.

Cuando el régimen sea el de separación de bienes, Lacruz fundándose en el artículo 1.435 estima, aun-

que admite que es discutible, "que si la mujer en el ámbito de su potestad doméstica puede obligar -- los frutos de los bienes del marido, éste también -- los frutos de los bienes de la mujer, por lo cual.. los actos domésticos del marido permitirán a los -- terceros dirigirse, con acción directa, contra las -- rentas de la esposa obligada a levantar las cargas -- del matrimonio, en la medida en que ésta deba con-- tribuir a dichas cargas en el caso concreto".

De lo que llevamos indicado resulta que aparecen, sin solución clara dos cuestiones :

La de si el marido puede obligar, por actos domésticos, los bienes de su mujer, cuestión que tal vez se pueda plantear con caracter más general, a -- saber, la de si basándose solamente en el art. 66 -- un cónyuge puede obligar con sus actos domésticos -- los bienes del otro (abstracción hecha del artículo 1.362 y 1.385-2º.)

Y en caso afirmativo, si los acreedores pueden dirigirse directamente contra la esposa, o planteado -- de modo general, si los acreedores contratantes con -- un cónyuge pueden dirigirse directamente contra el -- otro cónyuge.

Creo que las dos cuestiones pueden plantearse, - además, con carácter general, independientemente de que el régimen económico sea el de gananciales o el de separación. Con todo, en los argumentos que siguen aparecerán algunas razones que son más propias de un determinado régimen.

En cuanto a la primera cuestión, nuestra opinión es que los bienes privativos de la mujer, en sí mismos, quedan vinculados por los actos domésticos realizados por el marido ; y en general, los de un cónyuge por los actos del otro, por supuesto dentro de los límites de materia que señala el artículo 66, -- porque :

- Es absurdo, como antes se ha dicho, que la mujer pueda vincular los bienes del marido (1.362 y 1.385-2º) y que el marido no pueda vincular los de la mujer, cuando los actos jurídicos son de igual contenido y la misma finalidad.

- El marido puede vincular bienes de la mujer en los casos en que su importe ha entrado en el caudal común, sea por tratarse de dote estimada, sea porque los bienes dotales inestimados o parafernales - hayan sido enajenados, quedando convertida la espo-

sa en acreedora de una cantidad. Salvo que se haya - garantizado ese crédito por alguno de los sistemas - legales (1.349,2º ; 1.361 ; 1.384 ; 1.390 ; 1.355 C. c.) el importe de esos bienes será embargable y ejecutable por los acreedores domésticos del marido.

- La naturaleza jurídica del artículo 66. Hemos visto que es una facultad legal de realizar ciertos actos jurídicos que pertenezcan a una determinada esfera (la doméstica). La ley dá esa facultad a ambos cónyuges, no conjuntamente, sino con caracter solidario o indistinto ; "cualquiera de los cónyuges podrá...". De esta naturaleza se deriva el que lo actuado por - uno de ellos afecta a los dos siempre, por supuesto que sea dentro de la esfera a que se refiere el dicho artículo 66. Luego si lo hecho por uno afecta a los dos, por disponerlo así el artículo 66, hemos de concluir que los actos del marido afectarán a los -- bienes privativos de la mujer, y los de la mujer al capital del marido ; y eso ocurrirá cualquiera que sea el régimen económico matrimonial, tanto dá que solamente haya bienes privativos, como los haya además comunes. La responsabilidad afecta a todos. Parece conveniente indicar que esa facultad legal es

de derecho necesario, inderogable por la voluntad -- de los cónyuges. Aunque podría sostenerse que en capitulaciones matrimoniales se pueda pactar lo contrario, nos parece más segura la opinión de que se niegue validez a tal pacto, por contrario a la Ley. Es to debe ser así, inderogable por voluntad de los -- cónyuges, porque a nuestro juicio el artículo 66 es una regla de protección del tráfico jurídico. En es te sentido Cortezo dice el "principio de la seguridad en el tráfico jurídico, creo que es el que in forma este derecho de las llaves".(114)

Nuestra Legislación tiene varias reglas en las -- que la justicia del caso individual queda sacrificada a la seguridad de los terceros de buena fé ; reglas que mantienen una determinada situación jurídica porque se estima que los intereses de la comunidad, protegidos por esa regla de seguridad de tráfico co, son más importantes, más merecedores de protección que el interés aislado de un contratante. -- (arts. 464 C.c. ; 85 C. de C. - 34 de L. h. etc..)

Creemos que el artículo 66 contiene una de estas reglas : se protege a la vez a quien contrata con -- un cónyuge, en la esfera doméstica, y a la familia-

misma.

A quien contrata, porque dada la clase de contratos que son los propios de esa esfera doméstica, no es posible exigir del contratante que averigüe el régimen económico matrimonial y si los bienes que ostenta la familia, (piso, muebles, coche, etc..),- que son base de su concesión de crédito, son de uno o de otro cónyuge, para hacer coincidir la firma -- del pedido con la titularidad legal correspondiente. La familia queda también protegida, por cuanto queda asegurada de una mayor rapidez en el servicio, y de un mayor crédito, el da ambos cónyuges.

La segunda cuestión que antes veíamos perfilarse es la de si los acreedores domésticos del marido -- pueden dirigirse directamente contra la mujer y sus bienes ; o sea si los acreedores por deudas domésticas de un cónyuge ^{pueden/} dirigirse contra los bienes del otro ; lo que significa el poder dirigirse indistintamente contra cualquiera de los bienes de uno o de otro cónyuge, sin tener que seguir un orden de exclusión o de preferencia.

Lacruz trata de esta cuestión, aunque no enfocada a las deudas por contratos domésticos, sino enfo

cada más ampliamente a la contribución a las cargas del matrimonio. Pero sus palabras referidas a la -- obligación de levantar las cargas del matrimonio -- pueden aplicarse a las cargas de los contratos relativos a cosas o servicios para atender las necesidades de la familia, círculo más estrecho dentro del más amplio de las cargas de la familia.

Dice Lacruz que antes de la reforma las cargas - del matrimonio habían de levantarse : en régimen de separación, con la contribución de los cónyuges proporcional a sus frutos e ingresos ; y en régimen de gananciales, con las ganancias, y en defecto de ganancias, era primero el capital del marido el que - debía gastarse en tales atenciones, y una vez agotado, por virtud de los artículos 1.362 y 1.385-2º, la contribución del capital de la esposa se hallaba limitada en principio a los gastos puramente domésticos causados por ella, y aún así después de agotar el patrimonio del marido : "éste, pues, no siquiera cuando remedia una necesidad doméstica apremiante obligaría directamente los bienes de la esposa. Contra tales bienes podría dirigirse él únicamente si se hallaba aquella actualmente obligada a suminis--

trar alimentos (arts. 56, 57 y 143-12), y los proveedores, subrogándose en la acción del marido -- cuando se dieran los presupuestos para la subrogación : acaso tambien uno y otros, mediante una acción de gestión de negocios cuando hubieran subvenido a necesidades domésticas a las que debió atender la esposa, obligando, a falta de otros bienes, los suyos privativos". (115)

Poco más adelante añade que de los artículos - 1.421 a 1.423 resulta que, "en todo caso, el varón habrá de consumir la última peseta de su capital - antes de que la esposa gaste la primera del suyo".

Con la reforma de 1975, viene a decir Lacruz, - cambia la cosa "por el sentido general de la reforma" (116). "Nada se opone a concluir, -dice- que - en el nuevo sistema creado por la reforma las deudas contraídas para atender a necesidades de la pareja, los hijos y el hogar común, cualquiera que sea el cónyuge que celebre el contrato, deben ser satisfechas en definitiva (problema de contribución) a costa de los bienes gananciales, y agotados éstos, bien primero por el marido administrador de los gananciales y luego por la mujer, bien,

no siendo el marido administrador, por marido y mujer en proporción a sus respectivos bienes." "La -- opinión contraria apenas tiene defensa en un régi-- men de igualdad entre cónyuges ; desaparecida en lo esencial (derecho a la obediencia, licencia mari--- tal) la superioridad del marido, en esa misma medida ha de desaparecer su superior responsabilidad".- (117)

El apoyo legal en preceptos concretos lo encuentra Lacruz en el artículo 1.436. (Es lógico que no en el 66, puesto que está tratando de la contribu-- ción a las cargas del matrimonio, y no de la contra-- tación doméstica solamente). Conforme a ese artículo 1.436, la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio debe entenderse, dice Lacruz, como -- un deber general, independiente del régimen conyu-- gal de bienes. "Hay, entonces, -añade- un cierto -- conflicto entre ese precepto y los artículos 1.362- y el 1.385-2º que debe resolverse interpretando que éstos últimos impiden a cualquier acreedor del mari-- do, aún por gastos familiares, reclamar el cobro ex-- clusiva y directamente a la mujer". Pero ésta, dice, está obligada a contribuir a las cargas del matrimo

ño y esa contribución "podrá serle reclamada directamente por los acreedores, de modo que la obligación de la esposa no queda en relación interna con el marido, sino que lo hace responsable erga omnes". "Los acreedores, por consiguiente, podrán demandar a la mujer, como obligada subsidiaria en defecto de bienes del marido, a la vez que a éste, y su acción no será una subrogatoria o una de gestión de negocios, sino una destinada a hacer efectiva la responsabilidad de la esposa por las cargas familiares" - (118). Los artículos 1.362 y 1.385-2º impiden ciertamente la acción primaria contra la esposa por parte de los acreedores por deudas del hogar que contrataron con el marido, pero no se oponen al "acreedor que acciona contra ambos cónyuges para que, comprobada la realidad y legitimidad de la deuda del varón o de la mujer, se discierna el patrimonio responsable en definitiva (o la proporción en que lo es cada uno) y se haga efectiva contra él la responsabilidad." (119)

Resulta, pues, que según Lacruz, ámbos cónyuges quedan vinculados por los actos domésticos de uno sólo. Sin embargo no admite la acción directa con--

tra la mujer solo, si contrató el marido ; deben - los acreedores accionar contra ambos cónyuges. No admite que sea una acción contractual siempre, sino que en muchos casos habrá de ser una acción para obligar a que el cónyuge efectúe la contribución a las cargas del matrimonio. No cabe tampoco, según Lacruz, que se dirija la acción contra el -- bien que el acreedor desee o conozca, sino que en el procedimiento ha de ventilarse qué patrimonio -- está obligado primeramente, establecerse pues un -- orden de responsabilidad, y hacer excusión de unos bienes para poder llegar a otros.

A la opinión de Lacruz creo que puede añadirse lo que ya resulta de lo dicho acerca de la naturaleza jurídica de la facultad emanada del artículo-66. Es una legitimación legal, con un ámbito reducido a las necesidades domésticas, en donde es indiferente que actúe uno u otro cónyuge, y es indiferente cuál sea el régimen económico matrimonial. En el orden interno, entre sí tendrán los cónyuges todas las obligaciones y preferencias que se quiera, habrán de cargar a la postre los gastos sobre el obligado a levantar las cargas del matrimonio,-

sea por pacto, sea por orden legal, como resulta de los artículos 1.421, 1.422 y 1.423 del Código civil; liquidación de cuentas que en esos artículos se -- aplaza hasta que se haya disuelto la sociedad de gananciales, y que cabe pensar se haga en vida de ambos por no existir los gananciales sino régimen de separación.

Pero en el orden externo, frente a tercero, si -- la facultad de obrar es indistinta, indistinta tiene que ser la responsabilidad de sus bienes ante -- los acreedores, protegidos por la regla de seguridad en el tráfico civil que contiene el artículo -- 66. Los acreedores domésticos deben poder dirigirse indistintamente contra cualquier bien, sea del marido o de la mujer, sin que tengan tales acreedores la carga de hacer excusión ni prelación de bienes entre los cónyuges ; debe el acreedor poder exigir el embargo sobre los bienes del cónyuge contra quien actúa, y se seguirá solamente el orden del artículo -- 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento civil y demás procedentes. Igual que en cualquier otra reclamación -- que se desenvuelva en embargo.

Después de pagado el acreedor, los cónyuges en--

tre sí hagan sus cuentas, y que contribuya quien corresponda, según su régimen matrimonial, y según la naturaleza de los bienes.

Con todo, esta opinión, que se somete a otra mejor fundada, no es la que usualmente se encuentra en las obras de nuestros autores de Derecho civil, que hacen un solo bloque de las dos vertientes antes indicadas, la interior entre cónyuges y la exterior -- frente a terceros acreedores, y sobreponen la interior a la exterior.

6.- Limitaciones producidas al ser admitida la demanda de nulidad o de separación del matrimonio.

El art. 68 C.c., reformado por L. 2 de Mayo 1975, y los arts. 1.880 II, 1.886 y sigts. de la Ley E.C., reformados todos ellos a su vez por dos Leyes de 24 abril 1.958, señalan los efectos que se producen una vez interpuesta y admitida la demanda por el Tribunal competente (eclesiástico o civil) durante la sustanciación del proceso de nulidad y mientras éste -- y señalan las medidas/ perdure/ encaminadas a regular la situación anormal en que se encuentran los cónyuges y sus descendientes mientras el juicio matrimonial está pendiente.

No vamos a ver ahora, en qué consistió la reforma del 58 sino que a efectos de este trabajo nos vamos a limitar a la reforma del 75, y ni siquiera tampoco a todas las medidas adoptar, sino sólo a las de carácter patrimonial, esto es al art. 68 IV C.c. en -- cuanto que son las que producen una restricción a la capacidad de obrar de los cónyuges.

Debido a la tónica general de la reforma, de equiparación de los cónyuges, se imponía modificar el -- art. 68 IV C.c. que atribuía al marido una preferen-

cia, la posesión y gestión de los bienes gananciales, como medida provisional una vez admitida la demanda de nulidad o separación del matrimonio.

El nuevo art. 68 IV ha quedado redactado como sigue : "En cuanto al régimen económico matrimonial, se seguirán las siguientes reglas :

Cada uno de los cónyuges tendrá la administración y disposición de sus bienes privativos y se entenderán revocadas las facultades que uno de ellos hubiese -- otorgado al otro.

Se mantendrá, en cuanto a los bienes dotales, el -- régimen anterior a la presentación de la demanda, salvo que el Juez estime conveniente transferir a la mujer la administración de los bienes de la dote inestimada.

El Juez, atendidas las circunstancias del caso, determinará a cual de los cónyuges se atribuye la administración de los bienes gananciales o de parte de -- ellos.

Será necesaria licencia judicial para los actos -- que excedan de la mera administración de los gananciales, cualquiera que sea el cónyuge que los adminis---tra.

Se procederá con criterio análogo al señalado en esta regla cuarta cuando el régimen económico matrimonial sea distinto del de gananciales."

Puig Brutau (120) hace notar que según Lacruz y Sancho Rebullida (si bien es de advertir que yo no lo he encontrado con Sanchez Rebullida, sino con Albaladejo en Dr. de Familia pág. 138), dicen : "la incoación del proceso de nulidad o separación no supone, como la declaración por sentencia firme, modificación sustantiva en el régimen de bienes del matrimonio", "modificación que no se produce sino hasta que se declare la sentencia firme, pero que la Ley estima conveniente que se adopten ciertas medidas provisionales mientras tanto y éstas medidas -- son las del 68 IV C.c."

En efecto, es cierto que no cambia el régimen de bienes, sustituyendo un sistema por otro ; pero en el existente --que el Código supone de gananciales--, se adoptan ciertas medidas durante la sustanciación del proceso de nulidad o separación, que producen -- una cierta modificación en el régimen del gobierno-económico de los bienes. Veamoslas :

Párrafo I : "Cada uno de los cónyuges tendrá la-

administración y disposición de sus bienes privativos y se entenderán revocadas las facultades que -- uno de ellos hubiese otorgado al otro".

En síntesis cabe señalar : En el antiguo párrafo 1 del art. 68 IV : el marido conservaba la administración y disposición de sus bienes propios, pero - en cambio a la mujer sólo se le concedía la administración de los parafernales, y necesitaba autorización judicial para los actos que excedían de la administración ordinaria de ellos.

Según Lacruz y Albaladejo esta necesidad de licencia judicial para los actos que excedían de la administración ordinaria, se daba en sustitución de la licencia marital (121),

Después de la reforma, suprimida la licencia marital, ya no hay razón para el límite impuesto a la mujer, y así Castán dice que :

La Exposición de Motivos pone de relieve que si durante la fase de tramitación del procedimiento, - el marido tiene la administración y disposición de sus bienes, no hay razón alguna para que no ocurra lo propio con respecto a la mujer, (122), y por -- ello el nuevo art. 68 IV, párrafo 1 manifiesta que-

tanto el marido como la mujer tendrán la administración y disposición de sus bienes privativos.

Aún añade el mismo párrafo una regla que es nueva respecto al texto anterior : "Se entenderán revocadas las facultades que uno de ellos hubiese otorgado al otro".

Si la primera parte del párrafo, de que cada cónyuge tenga la administración y disposición de sus bienes privativos, es correcta, ésta segunda parte es más dudosa. La revocación tiene normalmente un sentido de falta de confianza. El Código parece -- creer que entre los cónyuges, por desaparecer la unidad de vida desaparece también la confianza que uno, (o los dos) tuvo y le indujo a concederle facultades en el oportuno apoderamiento.

Esta suposición legal es excesiva. La pérdida de la confianza podrá existir o no ; y si existe, libre es el cónyuge poderdante de revocarles poderes que tenga dados. Pero declarar legalmente revocados los poderes es ir demasiado lejos. Puede producir graves perjuicios económicos pues el Código no distingue, y aunque algún autor como Pérez Sanz considera que se refiere a la revocación relativa a pode

res sobre bienes privativos, (123) parece obligado incluir en la revocación toda clase de facultades ; por lo tanto también las que la esposa haya dado al marido para realizar actos de los comprendidos en el artículo 1.413 C.c. Los negocios del marido, en algunos casos (promotor de construcciones y venta de pisos) - pueden resultar gravemente afectados.

Se vé clara la repercusión que la regla tiene en la libre capacidad de obrar de los cónyuges, en cuanto altera la situación de apoderamientos que existiera. Lo que resulta más dudoso es la posibilidad de alterar esta regla legal.

No se vé inconveniente en alterarla, una vez producida, mediante el otorgamiento de nuevos poderes, que de ningún precepto resultan prohibidos.

Pero es dudoso si en capitulaciones matrimoniales se pudo preveer el supuesto y pactar válidamente que, para casos de nulidad y separación no se daría la revocación automática y legal de los poderes que hubiera, o se conservaría la administración que, por ejemplo, el marido tuviera de los bienes parafernales de la mujer.

El artículo 1.316 C.c. impide estipular en capítu-

los "nada que fuese contrario a las Leyes o a las -
buenas costumbres ni a los fines del matrimonio". -
El pacto en cuestión no es contrario a las buenas -
costumbres ni a los fines del matrimonio. Que sea o
no contrario a la Ley depende de que consideremos -
el artículo 68 del C.c. como imperativo o no. En ge-
neral las normas procesales son imperativas, por lo
que parece más adecuado calificar de imperativo el-
artículo 68, lo que nos lleva a la conclusión de no
ser posible el pacto referido.

Si de la esfera de los cónyuges pasamos a la es-
fera de relaciones para con terceros, el problema -
se complica. Las revocaciones de poderes solamente-
son eficaces para los terceros en tanto les son co-
nocidas. La subsistencia del poder se presume por -
el mero hecho de usarlo el apoderado.

Ciertamente que las medidas en caso de demanda -
de nulidad o de separación se deben inscribir en el
Registro civil, en la partida de matrimonio (art. -
261 del Reglamento del Registro civil). Pero está -
por ver la eficacia que tenga esa inscripción, más
bien, anotación, en el Registro civil. No existe --
ningún precepto en la Ley del Registro civil que im

ponga el conocimiento presunto de lo inscrito, ni la afirmación de que lo inscrito perjudica a tercero, y lo no inscrito no perjudica a tercero. El Registro civil es un Registro de hechos, y esta clase de Registros carecen de la llamada "fé pública registral".

Así pues, no parece desatinado concluir que los actos celebrados por un cónyuge en uso de poderes -- concedidos por el otro antes de ser admitida la demanda de nulidad o separación son válidos para el -- tercero que ignoraba la existencia de la demanda.

Si no la ignoraba el acto será válido o no según la naturaleza del contrato realizado. Quiero decir, dependerá del valor que en el acto concreto de que se trate tenga el consentimiento del cónyuge poderdante. Si fué un contrato en que no había más consentimiento que el del poderdante, como ese consentimiento se dió en uso de un poder revocado, y el tercero lo sabía, tendremos un contrato nulo por falta de -- consentimiento. Si fué un contrato en el que el cónyuge poderdante daba un consentimiento de los contemplados en el artículo 65 del C.c., ese contrato será solamente anulable, y solamente a instancia del cónyuge poderdante. Así, en cada caso, habrá que aten--

der a la naturaleza de lo contratado y demás circunstancias que existan (reglas protectoras de la seguridad en el tráfico jurídico, etc..)

Párrafo II : "Se mantendrá, en cuanto a los bienes dotales, el régimen anterior a la presentación de la demanda, salvo que el Juez estime conveniente transferir a la mujer la administración de los bienes de la dote inestimada".

El texto es de 1958, no ha sido modificado en 1975, por ello bástenos citar aquí lo que dicen La-cruz-Albaladejo : "el régimen de los bienes dotales se mantiene", (igual antes que después de presentada y admitida la demanda) "en principio, a causa de los mayores derechos que sobre ellos tiene el marido (usufructo), pero pudiendo el Juez modificarlo. La Ley al hablar de bienes dotales, parece comprender también el crédito dotal en que se traduce la dote estimada, pero cuya restitución no puede ordenar el Juez como medida del art. 68". Continúan diciendo estos autores que opinan Díaz Gómez y Castán que "la mujer podrá enajenar los bienes dotales cuya administración se le transfiera, con licencia judicial", pero que su opinión es lo contrario "sin embargo, sien

do la transferencia de la administración de los bienes dotales una mera cautela, que no desnaturaliza ni revoca la dote, parece más segura la opinión contraria, porque aquí la concurrencia del marido no es un simple permiso para enajenar bienes ajenos, sino un consentimiento para disponer de sus propios derechos en los bienes dotales". (124)

Párrafo III : "El Juez atendidas las circunstancias del caso, determinará a cual de los cónyuges se atribuye la administración de los bienes gananciales o de parte de ellos".

Párrafo IV: "Será necesaria licencia judicial para los actos que excedan de la mera administración de los gananciales, cualquiera que sea el cónyuge que los administre".

El párrafo III ha sido modificado por la Ley de 2 de Mayo de 1975. La Exposición de Motivos no da razón del por qué, pero la modificación está en la línea de la reforma introducida : la equiparación de los cónyuges. La Exposición de Motivos sólo señala que "la atribución judicial a la mujer de la administración de los bienes gananciales o de parte de ellos, se deja al arbitrio judicial, perdiendo -

la norma el caracter excepcional que proclamaba el texto anterior", porque en la normativa anterior - el Juez sólo excepcionalmente conferiría a la mujer la administración de los gananciales.

Hoy día, pues, el Juez es árbitro, y según las circunstancias del caso, y según su prudente arbitrio, decidirá quién de los cónyuges administra la sociedad de gananciales, o lo que es más complicado todavía "parte de ellos".

Los cónyuges ven limitada su capacidad de obrar, en cuanto que la Ley le confiere al Juez el decidir cual de los cónyuges va a administrar la sociedad de gananciales, y no se respeta (o por lo menos la Ley no manda que se respete otra cosa es que el -- Juez por su propia voluntad decida respetarla) la voluntad de los cónyuges manifestada en capitulaciones matrimoniales, ni las facultades que, en su defecto, tiene el marido de ser el administrador.

Esta modificación de las normas legales sobre administración de los gananciales es importante, - desde luego. Con la dificultad, antes apuntada, de que los terceros conozcan el hecho de haber sido - presentada la demanda de nulidad o de separación.

Pero aún más importante, y con igual dificultad para terceros, es la norma del párrafo cuarto al exigir licencia judicial "para los actos que excedan de la mera administración de los gananciales".

El Código en este precepto, no distingue entre bienes muebles e inmuebles. A primera vista parece que todos quedan necesitados de la licencia judicial. La conclusión es, sin embargo, tan grave que cabría pensar en la posibilidad de enlazar este artículo 68 con el 1.413 del mismo Código, y que la licencia judicial se aplique únicamente en los casos en que ^{se/} exige el consentimiento del otro cónyuge en el artículo 1.413 ; sin ser precisa, por lo tanto, para enajenar valores, y demás bienes muebles que, en su enajenación, están necesitados de una rapidez que no se aviene bien con la dilación que supone una autorización judicial.

Pero esta deseable solución no es más que una personal opinión. El art. 68 IV está ahí, y no distingue con lo que a tenor de su letra parece que el marido administrador, que antes de ser admitida la demanda de nulidad o separación del matrimonio, podía enajenar por sí solo a título oneroso todos-

los bienes del matrimonio, con la excepción de inmuebles y establecimientos mercantiles, una vez admitida la demanda por el Tribunal competente ve recortadas sus facultades en cuanto que para enajenar cualquier clase de bien de la sociedad de gananciales necesitará autorización judicial.

Aparte de lo dicho cabe indicar que la autorización judicial en esta regla cuarta del art. 68 no es "en defecto" de consentimiento de la mujer ; sino -- que ha de obtenerse siempre. No parece que el consentimiento de la mujer evite la necesidad de la licencia judicial.

7.- Ningún cónyuge puede, sin consentimiento del otro, legitimar hijos por concesión real.

El artículo 125 de nuestro Código civil señala - los requisitos que deben concurrir para la legitimación por concesión real, y entre otros, el número - 4º dispone: "4º.- Que, si el que la pide es casado, - obtenga el consentimiento del otro cónyuge".

Esta necesidad de obtener el consentimiento del otro cónyuge constituya una limitación legal que el matrimonio impone a un casado, en cuanto a su capacidad de obrar, considerada ésta en el amplio sentido que venimos entendiéndola en este trabajo.

Se discute sobre su razón de existir. Nótese que los renglones que siguen se refieren al fundamento de ese consentimiento, no al fundamento de la institución en sí misma.

En cuanto a la institución en sí misma, que no es procedente examinar aquí, es necesario decir que constituye un sistema subsidiario. Se suele decir - que es un sistema subsidiario de la legitimación -- por subsiguiente matrimonio, y ahí encuentra Castán la razón de su existencia: " Es la legitimación por-

concesión instituto que ofrece, en el aspecto moral, anchuroso flanco a la crítica, por abrir una puerta falsa, distinta del matrimonio, a la legitimación y con ella a la constitución de la familia legítima. - No obstante, ha de tenerse en cuenta que, al dársele como lo hace nuestro Código, una significación puramente subsidiaria, autorizándola tan sólo en el caso de que no pueda celebrarse el matrimonio, se deja a salvo la dignidad y el rango de éste como base de la familia". (125)

Pero es dudoso que la legitimación por concesión-real sea subsidiaria de la legitimación por subsiguiente matrimonio. No produce los efectos de la legitimación por subsiguiente matrimonio, sino otros - efectos más limitados, concretamente los efectos del reconocimiento de hijo natural. Así resulta del artículo 127 del Código. No dice este artículo que los efectos de la legitimación por concesión real sean, en bloque, los del reconocimiento de hijos naturales, pero la enumeración que ese artículo 127 hace, expresa precisamente los mismos efectos que produce el reconocimiento de hijo natural y que también enumera el artículo 134. En cambio para los legitimados por-

subsiguiente matrimonio dispone el artículo 122 que "disfrutarán de los mismos derechos que los hijos - legítimos."---

La consecuencia que puede deducirse de los preceptos anteriores es que la legitimación por concesión real es una institución que, de ser calificada de subsidaria, lo será de la ^{de/}reconocimiento de hijo natural, puesto que produce los mismos efectos, mediante un procedimiento diferente. No es propiamente subsidaria, sino equivalente.

Este procedimiento diferente puede ser útil en algunos casos, por ejemplo cuando el padre o madre hayan muerto (art. 126 C.c.) o al revés, cuando sea el hijo quien haya muerto ya ; caso éste último que no está expresamente previsto en el Código pero que admite la doctrina ; (126) y en ambos casos no se haya producido todavía el reconocimiento en forma. No hay que olvidar que para la legitimación por concesión real hace falta a tenor del Código que el -- hijo tenga la condición legal de natural (arts. 119 y 128 del C.c.) pero no hace falta que haya sido -- ya formalmente reconocido como hijo natural. Asi de modo expreso lo dicen Castán (127), y Bonet (128).

Se llega, pues, a la conclusión de que es la legitimación por concesión real una figura jurídica --- equivalente al reconocimiento de hijo natural, pues iguales son sus efectos.

Sobre esta base resulta lógica la duda de por qué el Código exige en materia de legitimación por concesión real que el cónyuge que quiere legitimar obtenga el consentimiento del otro, mientras que el -- mismo Código no exige ese consentimiento cuando el -- cónyuge lo que hace es un acto de reconocimiento de hijo natural.

Manresa defendió la exigencia de ese consentimiento alegando que es "un homenaje a la dignidad y a -- los derechos del otro cónyuge" (129). También Bonet-Ramón lo defiende y dice que "el fundamento de este requisito es dejar a salvo los intereses del otro -- cónyuge" (130).

Pero ha sido atacado por otros autores. Mucius - Scaevola (131) y Sanchez Román (132), alegaron que -- era introducir un consentimiento de tercera persona, del que dependía la legitimación y que podía frustrar los deseos del legitimante. Lacruz y Sancho Rebullida no se pronuncian expresamente, pero parece se ha

cen eco de la postura que rechaza este requisito - (133), Puig Brutau dice que "los autores, en su -- gran mayoría, se manifiestan contra este requisito sin duda con toda razón" (134). No toma partido -- Castán, que nos informa de las posiciones contra-- rias y de las que lo defienden ; y cita entre és-- tas últimas al profesor Cicu, según el cual el fun-- damento está en la amplitud de los derechos de los hijos legitimados, en la posibilidad de que sobre-- vengan hijos legítimos, y también en que, a dife-- rencia del reconocimiento, la legitimación no es - un deber del padre (135).

Piñar mantiene una posición intermedia. Dice -- primero que "la elevación del consentimiento del -- otro cónyuge a conditio sine qua non de la legiti-- mación por rescripto es inadmisibile, y debe ser pa-- liada y dulcificada". Y añade después que el con-- sentimiento conyugal debe exigirse, "no para que - pueda operarse la legitimatio, sino para que ingre-- se el hijo legitimado en el domicilio del matrimo-- nio, toda vez que no son tan solo los intereses mo-- rales los que se defienden con dicho consentimien-- to, sino también los intereses de caracter patrimo--

nial que corresponde a cada uno de los esposos". -
(136).

La postura de Piñar no es muy convincente, ya -
que en ningún lado se dice que el hijo legitimado-
por concesión real haya de ingresar en el domicilio
del matrimonio, siempre. Será de aplicación el ar-
tículo 155 del Código según el cual los padres han
de tener en su compañía a los hijos no emancipa---
dos. Estos sí que tendrán ese derecho, pero no los
que ya estén emancipados. Y el mismo derecho tie--
nen los hijos naturales reconocidos cuando estén -
bajo la potestad del padre o madre que los recono-
ce, pues el artículo 155 no se limita a los hijos-
legítimos.

Resulta pues que la legitimación por concesión-
real produce los mismos efectos que el reconoci---
miento de hijo natural, según he indicado ya. No -
estimo propio de este trabajo el apoyar con citas-
de autoridad esa afirmación, pues sería salírnos -
innecesariamente de la línea del tema, Esta es la-
opinión que encontramos constante en cualquier li-
bro de Derecho, con la sola excepción de Piñar, --
que propugna una solución más favorable para el le

gitimado por concesión y quiere equipararlo al legít^omo, salvo en los extremos concretos en que el Código establece diferencias.

Pues bien, si para reconocer hijos naturales no se necesita el consentimiento del otro cónyuge, no se vé por qué haya de exigirse ese consentimiento - para legitimar a un hijo por concesión real, toda vez que tal hijo ha de ser natural y toda vez que los efectos son los mismos que los del reconocimiento.

Este consentimiento se dá o no discrecionalmente. Contra su negativa, aunque sea infundada o injusta, no cabe recurso alguno. Asi lo entiende Bonet (137), y Puig Brutau (138).

El consentimiento del cónyuge es materia de su esfera personal. El menor emancipado puede darlo -- sin necesitar a su vez consentimiento familiar.

Nada obliga a considerar irrevocable el consentimiento, que cabe retirar antes de que haya producido efectos en el procedimiento que es preciso seguir para obtener la legitimación.

El Código no señala excepciones a la necesidad de este consentimiento. No obstante, Bonet entiende

no es preciso el consentimiento cuando el cónyuge - que solicita la legitimación está judicialmente separado por sentencia firme (139). Lacruz y Sanco Rebullida creen que también estará exceptuado cuando el llamado a consentir esté declarado ausente o incapacitado, (140), opinión que sigue Puig Brutau - (141), y también Castán (142).

Estas opiniones doctrinales son, indudablemente, muy valiosas. No se cuidan sus autores de pronunciarse sobre la validez de la legitimación hecha -- sin el consentimiento del cónyuge, o de su posible impugnación. Pero parece lógico que si se admite -- que no hace falta el consentimiento del cónyuge en esos casos de separación por sentencia firme, ausencia declarada o incapacidad igualmente declarada, -- la consecuencia es la de que la legitimación deberá ser admitida a trámite, y declarada. Y también es -- consecuencia el considerar que no será impugnable.

En los casos en que falte el consentimiento del cónyuge, sin más, o sea sin ser uno de esos casos -- doctrinales exceptuados, parece también lógico suponer que la legitimación no será admitida a trámite -- o, admitida, será rechazada una vez advertida la --

falta de consentimiento del cónyuge.

Un poco más delicado es el supuesto de que el consentimiento del cónyuge esté viciado (error, dolo, etc..). El problema está en considerar si eso es causa de impugnación ; y la naturaleza de tal impugnación, si es nulidad o mera anulabilidad.

El artículo 128 del Código dice que "la legitimación podrá ser impugnada por los que se crean perjudicados en sus derechos, cuando se otorgue a favor de los que no tengan la condición legal de hijos naturales o cuando no concurren los requisitos señalados en este capítulo".

Uno de esos requisitos es el consentimiento del cónyuge. No existiendo ese consentimiento, o mejor dicho, siendo nulo por estar prestado por error, violencia, intimidación o dolo (art. 1.265 del C.c.) resulta claro que la legitimación puede ser impugnada.

La duda está en si estamos ante un caso de nulidad plena o de mera anulabilidad.

Creo que el supuesto sería de mera anulabilidad, por las razones siguientes :

a) La naturaleza misma del consentimiento del cónyuge. No parece que sea un consentimiento negocial,-

no es ese cónyuge quien legitima, sino el otro. Precisamente por eso es por losque los autores antes citados admiten que pueda prescindirse en algunos casos del consentimiento del cónyuge no legitimante.

b) El Código no dá la acción de impugnación a -- cualquier persona, como correspondería a una nulidad plena ; sino que solamente la dá "a los que se crean perjudicados en sus derechos". (art. 128 C.c.).

Los autores patrios han dedicado alguna atención a este requisito y afirmado que los impugnantes han de tener un interés económico en la impugnación, o al menos un interés moral. No basta la mera relación de parentesco, como declaró la sentencia de 24 de Diciembre de 1913. Así Castán (143), que cita a otros autores.

Piñar aclara la sentencia citada en el sentido -- de entender que la mera relación de parentesco no -- basta para la impugnación, pero sí cuando ese parentesco dé la condición de heredero forzoso del legitimante. (144)

De estas consideraciones resulta que en los casos de falta o vicio de consentimiento podrán impug

nar el cónyuge que debió dar el consentimiento y - otros herederos forzosos del legitimante (ascen---dientes, otros hijos naturales).

El cónyuge que debió prestar el consentimiento - y no lo prestó, o lo prestó viciado, tiene acción - de impugnación. De una parte puede resultar perju- dicado en sus derechos, ya que el hijo legitimado, pasa a tener unos derechos sucesorios, como legiti- mario, que antes de la legitimación no tenía. Esto será lo normal, ya que el tal hijo habrá de tener- la condición legal de natural, pero se supone que- todavía no está formalmente reconocido como hijo - natural. Es cierto que si ya lo está, el interés - económico desaparece, pues los derechos sucesorios son los mismos para el reconocido, que para el le- gitimado por concesión (art. 844 C.c.) ; pero po- dría alegarse daño moral.

Y de otra parte, sobre todo, porque el cónyuge- que sufre error, violencia, intimidación o dolo al prestar su consentimiento puede alegar ese vicio,- como todo quien consiente con esos vicios (art. - 1.300 C.c.).

Los herederos forzosos del legitimante pueden -

resultar perjudicados en sus derechos sucesorios.

Llegamos así al último punto a tratar, el del plazo durante el cual puede ser ejercitada la impugnación.

Nos informa Castán de que varios autores entienden que, a falta de disposición especial hay que -- acudir a la doctrina general y por lo tanto al plazo de quince años que señala el Código para las acciones personales que no tengan señalado término especial (art. 1964 C.c.). (145)

Piñar, en cambio sostiene que mediante la legitimación adquiere el hijo la condición y estado de hijo legítimo (salvo la limitación en algunos derechos, como en los sucesorios), y por lo tanto le es de aplicación el corto plazo que señala el artículo 113 del Código civil, que además de corto es de caducidad y no de prescripción. Dispone este artículo 113 que "la acción para impugnar la legitimidad del hijo deberá ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a la inscripción del nacimiento en el Registro", plazo que se alarga un poco cuando el impugnante esté ausente o fuera de España, como el mismo precepto detalla. Y aclara Piñar, como es ló-

gico, que el plazo se contará desde que conste en - el Registro civil la legitimación mediante la oportuna anotación. (146)

No es del caso resolver sobre el plazo de impugnación en todos los supuestos en que sea posible. - Nos limitamos a la impugnación hecha por causa de - vicio de consentimiento del cónyuge del legitimante, y parece correcto concluir que el plazo será el mismo del ejercicio de la acción de nulidad (anulabilidad) por vicios de consentimiento, o sea el de cuatro años que señala el artículo 1.301 del Código civil, contados como el mismo artículo señala : desde que haya cesado la intimidación o violencia, o desde la Resolución ministerial que conceda la legitimación, en los casos de error o dolo ; pues esta Resolución, la que pone fin al expediente, equivale a la "consumación del contrato" de que nos habla el - artículo 1.301.

8.- Ningún cónyuge puede adoptar sin consentimiento del otro.

El artículo 172 del Código civil dice que no pueden adoptar : "3º Uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, salvo el declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación."

Esta redacción es la que dió a tal artículo la Ley de 4 de Julio de 1970. Hasta entonces la redacción era parecida y se había mantenido sin variación en este punto en la reforma de 24 de -- Abril de 1958, sin más que pasar del artículo 174 al 173. Decía el Código que se prohíbe la adop--- ción " 4º Al cónyuge sin consentimiento de su con-- sorte".

Los autores han encontrado justificada la restricción que impone este precepto, que tiene su -- razón, al decir de Piñar, en evitar que la adop--- ción produzca desavenencias entre los cónyuges.-- (147)

"Es evidente, dice por su parte Puig Brutau, -- que la comunidad de vida que resulta de toda fi-- liación, incluso de la adoptiva, afectará íntima-

mente no sólo al adoptante sino igualmente a su cónyuge" (148).

Gambón Alix justifica el consentimiento del cónyuge del adoptante porque "la adopción puede producir un menoscabo de los derechos del cónyuge ; éste podrá abrigar la esperanza de redibir enteramente - algún día la sucesión del adoptante, si no existen-
parientes de grado idóneo". Dice también que produce un eventual derecho a una pensión alimenticia y que vendrá a reducir los recursos económicos del matrimonio. También invoca después las razones subjetivas de mantener la armonía en el matrimonio.(148 bis)

Bonet dice que la prohibición deriva de la peculiar idiosincrasia de la adopción, que al crear deberes familiares y de convivencia, no lo haría de forma viable si adoptando uno solo de los cónyuges, no diera su conformidad para ella el otro cónyuge.- (149). Manteca Alonso-Cortés dice que la Ley exige el consentimiento del cónyuge del adoptante porque es evidente que por la adopción van a quedar menoscabados sus potenciales derechos sucesorios, se crea una carga en el matrimonio, y especialmente va a suponer una fuerte alteración en el orden fami---

liar (150).

Los argumentos son en general válidos. Quizá pudiera dudarse un poco en el caso de la adopción que haga un cónyuge de un hijo natural propio, reconocido. En este caso parece que no se dá el menoscabo - en los potenciales derechos sucesorios del otro cónyuge del adoptante, pues en cuanto a la posibilidad de ser el cónyuge heredero abintestato (como dice - Gambón Alix si no existen parientes de grado idéneo), ya que no existe, pues el hijo natural reconocido es preferente al cónyuge ; y en cuanto a su cuota legal usufructuaria es de un tercio en usufructo si concurría con el hijo natural (art. 841 - C.c.), y también será de un tercio si el hijo es adoptivo, tanto en la adopción plena como en la simple, por la equiparación que se hace al hijo legítimo en el primer caso, lo que lleva la aplicación del tercio señalado en el artículo 834 ; o al hijo natural en el segundo caso, lo que lleva a seguir aplicando el artículo 841. Pero desde luego quedan vigentes los demás fundamentos alegados.

Se planteó antes de la reforma de 1970 la necesidad del consentimiento del consorte, en los casos -

en que estuvieran separados, ya que entonces el Código decía simplemente que estaba prohibida la adopción " al cónyuge sin consentimiento de su consorte".

En base a esta redacción, sostuvo Piñar que el consentimiento del cónyuge era necesario aún estando legalmente separados porque el texto legal no hacía distinciones, (151). Por el contrario Gambón-Alix decía que no hacía falta, porque tal exigencia carecía de finalidad, salvo la demasiado remota de prevenir dificultades de una eventual reconciliación (152). Puig Brutau se inclinó por la necesidad del consentimiento para no acumular obstáculos a esa posible reconciliación, (153).

La nueva redacción de 1970 ha venido a solucionar el problema pues ahora dice ser preciso el consentimiento del otro cónyuge "salvo el declarado -- inocente en virtud de ejecutoria de separación". A sensu contrario resulta que el separado judicialmente, pero declarado culpable, necesita el consentimiento de su otro cónyuge, aún separado. Nos lo explica Manteca diciendo que en la Comisión de Justicia se defendió el criterio de facilitar igualmente la adopción al cónyuge culpable, o sea sin consen

timiento del cónyuge inocente, pero triunfó la tesis contraria en base a que al culpable de la separación por alguna de las causas enumeradas en el artículo 105 del Código, no se le puede confiar una persona en adopción pues el interés del adoptado se opone a ello ; y además, según el artículo 73, nº 2, al culpable se le priva de la potestad y protección de sus hijos, y si esto es así, no es cosa de entregar un adoptado a su potestad. (154)

Con la redacción actual no se han terminado los problemas, y la doctrina plantea si es preciso el consentimiento en los casos de cónyuge ausente o incapaz.

Antes de la Reforma, Gambón Alix sostuvo que la cuestión era clara, y que el representante del cónyuge ausente o su tutor, era siempre el cónyuge -- presente, el que adoptaba, y que éste podía por lo tanto consentir en su propio nombre y también en el de su cónyuge imposibilitado porque ejerce la tutela sobre el mismo. (155)

No parece muy acertada esa opinión, pues el consentimiento es personalísimo, propio de la esfera personal, escapa a la representación propiamente

tal. Según Manteca, el problema se planeó en la Comisión de Justicia por Eduardo López Palop, y se dejó sin solución expresa por la enorme dificultad -- del tema. (156)

El Código señala una línea de solución a ese problema y a otros casos de falta de consentimiento, -- en el artículo 173, en donde con referencia a las -- varias personas llamadas a consentir la adopción, -- entre ellas "el adoptante y su cónyuge", dice : "Si -- cualquiera de los llamados a prestar consentimiento, fuera del caso del adoptante y del adoptado, no pudiese ser citado, o citado, no concurriere, el Juez resolverá lo que considere más conveniente para el adoptando".

Este precepto ha venido a precisar la naturaleza jurídica del consentimiento, y los efectos de su -- falta.

El consentimiento del cónyuge no es un problema de capacidad, pues el adoptante es, en sí, plenamente capaz, y no se dá para proteger al adoptante, si no para proteger al cónyuge que presta el consentimiento. No es un problema de capacidad sino de prohibiciones legales.

El consentimiento es discrecional. El cónyuge es absolutamente libre de darlo, y contra su negativa, aunque sea injustificada, no cabe recurso alguno para obligarle a cambiar de criterio o a que el Juez dé o supla el consentimiento con un consentimiento o habilitación judicial.

Lo que puede hacer el Juez es prescindir de ese consentimiento, por considerar que es así más conveniente para el adoptando. El Código no dice que se suple el consentimiento, sino que a pesar de su falta, puede aprobarse la adopción. Lógicamente el Juez no puede prescindir del consentimiento cuando éste ha sido expresamente negado por el cónyuge del adoptante. Solamente cuando dicho cónyuge no pudiere ser citado, o citado no concurriere.

El cónyuge que consiente, dicen Castro Lucini, Cano y Manteca, en realidad asiente. Hay un asentimiento - más bien que un consentimiento. (157) - (158) - (158 bis)

El cónyuge que consiente no se convierte en coadoptante.

El consentimiento puede ser prestado por el cónyuge, aún siendo menor de edad. La emancipación le habilita para regir su persona como si fuera mayor,

salvo las limitaciones expresas en la Ley, entre las que no figura este consentimiento. Así lo expresó -- Gambón. (159)

Al tratar de la emancipación ya vimos el problema de si el emancipado por matrimonio puede adoptar con juntamente con su cónyuge cuando éste tiene la edad-suficiente (art. 172 Código civil) y la opinión de - Méndez Apenela de que el tal emancipado puede efec--
 (159 bis)
 tuar dicha adopción. Con más razón parece defendible que el emancipado por matrimonio pueda dar su consen-
 timiento al otro cónyuge que adopta.

El consentimiento es, en principio revocable. El-problema está en hasta qué momento puede ser revoca-do. Es indudable que no puede ser revocado después - de otorgada la escritura de adopción, porque esta es-
 critura es, en nuestro Derecho, constitutiva de la - adopción. Así lo ha declarado la Resolución de la Di-rección de los Registro y del Notariado de 8 de Ju--
 nio de 1973 y lo ha recogido y afirmado la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Septiembre de 1975. Am-bas expresan el mismo argumento fundamental : que -- hasta que se otorgue la escritura de adopción las -- partes pueden modificar su voluntad, sin que queden-

vinculados por el Auto de aprobación judicial.

Este derecho reconocido al adoptante y al adoptado debe admitirse también para el cónyuge del adoptante. Si prestó el consentimiento en el expediente judicial, y después, pero antes de ser otorgada la escritura de adopción, revoca ese consentimiento, - deberá notificarlo fehacientemente al adoptante y - ponerlo en conocimiento del Juzgado que aprobó la - adopción.

La falta de ese consentimiento se venía considerando antes de la reforma como falta de un requisito esencial (160). La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1961 dice que "la adopción no puede en rigor ser eficaz por falta del consentimiento del cónyuge adoptante, vivo en el momento de concluirse, exigido por el número 4º del artículo 173 (hoy es el número 3 del artículo 172) del Código civil, lo que en realidad hace inexistente el acto, por faltarle un requisito esencial de su formación."

En el caso debatido en la sentencia un varón casado, separado de hecho de su esposa, había adoptado a un hijo ilegítimo ocultando su estado de casado,-

El Supremo resuelve sobre rectificación de partidas del Registro civil, y no admite la adopción por la razón que acabo de expresar.

El Supremo, pues, declara nula, más aún, inexistente, la adopción, por falta de consentimiento del cónyuge adoptante, que se considera como un requisito de fondo, esencial.

Hoy día no parece posible esa posición para todos los casos.

El consentimiento del cónyuge, en si mismo no -- viene exigido para todos los casos, puesto que se puede prescindir de él en los casos previstos en el artículo 173. El Juez prescinde del consentimiento, aprueba la adopción, y ésta queda firme, supuesto -- que se hayan cumplido los demás requisitos. El Juez no dá un consentimiento suplido, o en rebeldía. Simplemente prescinde de él.

Lo que ocurre es que el Juez solamente puede -- prescindir, cuando el cónyuge "no pudiere ser citado o citado no concurriere". En los demás casos es necesario el consentimiento ; es un trámite necesario y su falta si no dá lugar a la inexistencia directamente como dijo el Supremo para la legislación

anterior, produce defecto en el expediente judicial. Si no se obtiene el consentimiento del cónyuge ni se justifica tratarse de un caso en que el Código permite prescindir de él, estaremos ante un expediente judicial con vicio esencial, que será nulo ; nula por lo tanto la aprobación judicial, y nula en consecuencia la adopción, por defecto de forma o defecto de tramitación del expediente judicial. Así lo dice Manteca (161).

En un caso como el resuelto en la sentencia indicada habría además, al parecer, falsedad por parte del adoptante, que ocultó la existencia de su casamiento vigente ; falsedad que arrastraría la nulidad de todo lo actuado.

También de nulo hay que calificar el caso en que el cónyuge que consintió revoque el consentimiento y lo notifique al adoptante y al Juzgado, pero el adoptante haga caso omiso de la notificación y otorgue la escritura de adopción exhibiendo el Auto aprobatorio anterior. La calificación parece debe ser la de nulidad también, por falta de un consentimiento preciso, que debe ser reiterado en la propia escritura de adopción, sin que sea suficiente el que se presta

ra ante el Juzgado. Además tal adoptante está cometiendo falsedad al ocultar la revocación ; falsedad que lleva aparejada la nulidad.

Igual tratamiento parece que debe tener el caso del cónyuge que no pudo ser citado en el expediente judicial, por ejemplo por ignorarse su paradero y - que se hace presente después de aprobada la adop---ción por el Juez y antes de otorgarse la escritura notarial ; y una vez presente y enterado de la adopción proyectada manifiesta expresamente su disconformidad y lo notifica al cónyuge adoptante. Este - no debe ocultar lo sucedido al Notario para excusar la falta de consentimiento del cónyuge. Si lo oculta - comete falsedad que lleva aparejada la nulidad ya - que en la escritura de adopción debe constar la declaración del adoptante de que su cónyuge no con---siente por estar en ignorado paradero. Y si no lo --oculta, o sea, si declara al Notario que el cónyuge - no fué citado en el expediente judicial porque entonces estaba en ignorado paradero, pero que ahora está presente, el Notario no debe autorizar la escritura de adopción (a pesar del Auto judicial), porque la - escritura es constitutiva, es en ella donde se hace

la adopción, y ésta no se debe hacer con omisión - del consentimiento del cónyuge del adoptante, que en el momento de otorgar la escritura ha regresado de la ausencia y está presente.

9.- Los cónyuges no pueden celebrar entre sí algunos contratos.

En los estudios de derecho civil se encuentra siempre el planteamiento del problema de si los cónyuges pueden celebrar contratos entre sí.

Renunciando al examen histórico y al de la legislación foral por haber limitado este trabajo al Código civil, se puede afirmar que a partir del Código la doctrina afirma unánime la posibilidad de que los cónyuges celebren contratos entre sí ; y algunos, como Lacruz, aportan datos de gran interés para demostrar que la postura permisiva fué la dominante en nuestra historia. (162)

Todos los autores están conformes en que el matrimonio no produce una unidad de persona, sino tan sólo una unidad de vida, y por lo tanto, conservando cada cónyuge su propia personalidad, es indudable que pueden crear relaciones jurídicas entre sí.

Así también la Jurisprudencia, concretamente la sentencia de 21 de Febrero de 1900 y la Resolución de la Dirección de los Registros de 31 de Mayo de 1895. Constituye una desviación lamentable, la de--

claración que contiene la sentencia de 19 de Diciembre de 1932 que, para declarar la nulidad de un convenio de separación, afirma que los cónyuges no pueden crear entre ellos relaciones contractuales "por constituir una sola personalidad y exigir el contrato la concurrencia de dos o más personas". Esta -- afirmación jurisprudencial es desde luego inexacta. Y era innecesaria, puesto que se trataba de anular un pacto sobre cesación de vida en común, cuestión que en principio está fuera de la autonomía de la voluntad, como antes hemos visto, y por lo tanto no hacía falta para su anulación considerar una supuesta unidad de persona.

La tesis permisiva, se funda, no solamente en -- que los cónyuges conservan su individualidad y su personalidad, sino en que el Código no contiene ninguna prohibición general ; solamente contiene prohibiciones concretas.

Como decía la Resolución citada de 1895, el Código solamente impide a las mujeres casadas otorgar consentimiento "en los casos expresados en la Ley". No en los demás casos. El párrafo 3º del artículo 1.263 que contenía esa regla, ha desaparecido en la

reforma de 1975, con lo que el marido y la mujer han quedado sin ninguna restricción para prestar consentimiento o poder contratar, afirmación que hace de modo positivo el párrafo primero del artículo 62 reformado.

Las prohibiciones concretas del Código son hoy --
dia solamente tres :

La de otorgarse donaciones (art. 1334).

La de venderse recíprocamente bienes, si no se ha pactado el régimen de separación patrimonial o si la separación no ha sido judicialmente decretada (art. -
1.458)

Y la de contraer sociedad universal (art. 1.677).

Enseguida las veremos con un poco más de detenimiento.

Pero junto a esas prohibiciones concretas, la doctrina establecía otras, fundándose sobre todo en dos razones : la subordinación de la mujer al marido, y la inmutabilidad del régimen económico matrimonial - en nuestro Código civil.

Las dos razones han desaparecido en la reforma de 1975. Ha desaparecido la expresión de que la mujer - debe obedecer al marido que tenia el artículo 57, y

ha desaparecido la licencia marital, manifestación jurídica de la autoridad marital, desaparición que resulta de la modificación de varios artículos, como con más detalle expondré más adelante, al hablar de las restricciones a la capacidad que se refieren solamente a la mujer. Con lo que ha desaparecido el argumento de que era absurdo que el marido interviniese en el contrato al mismo tiempo como otorgante y para asistir a su mujer ; y el argumento de que la mujer carecía de libertad contractual puesto que estaba supeditada a obtener su licencia, lo cual podía conducirla forzosamente a celebrar el contrato con el marido en vez de con tercero que hubiera sido más ventajoso, a causa de no obtener del marido la licencia para contratar con dicho tercero.

Y ha desaparecido también la inmutabilidad del régimen económico matrimonial, por haberse reformado al efecto, los artículos 1.315 y 1.320 que lo establecían.

Con estas dos importantes reformas, el panorama de la contratación entre cónyuges indudablemente se amplía. Conviene por eso repasar los contratos que usualmente ^{se}/estudiaban en este punto, y procurar de--

terminar los que continúan prohibidos.

A) Donaciones entre cónyuges.

1. Textos legales.

Nuestro Código civil en su artículo 1.334 dice - que "será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio. No se incluyen en esta regla - los regalos módicos que los cónyuges se hagan en -- ocasiones de regocijo para la familia."

Y en el 1.335 añade : "Será nula toda donación - hecha durante el matrimonio por uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio, o a las personas de quienes sea heredero - presunto al tiempo de la donación".

2. Fundamento.

Se alega como razón de esta prohibición de donaciones entre cónyuges el temor de que el abuso de - la influencia de un cónyuge sobre el otro diera lugar al empobrecimiento de éste en favor del otro ; - y la facilidad que representan para burlar los derechos de terceros acreedores.

La doctrina en general no acepta esas razones ni ningunas, y señala que las donaciones entre cónyuges están permitidas en varios países del extranjero, e incluso en España en algunas legislaciones forales, con más o menos amplitud, y no se producen de hecho las dañinas consecuencias que acabo de exponer. La prohibición, por eso, se considera de derecho necesario, sin que se admita pacto en contrario ; pero no es materia de orden público español, al estar admitidas en algunas regiones forales. Pueden verse dichas opiniones en Castán (163), Lacruz (164) y otros.

Como se vé el fundamento de la prohibición de donaciones entre cónyuges es muy débil.

En cuanto a que represente una facilidad para burlar a los acreedores, evidentemente no es cierto -- porque a los acreedores no les afecta el cambio de dominio por vía de donación. Pueden rescindir la donación (art. 1.297).

Y en cuanto a que el abuso de la influencia de un cónyuge pueda dar lugar al empobrecimiento del otro, es cierto, pero es materia sobre la que habría mucho que decir.

Creo por tanto muy posible que en otra reforma - legislativa, dentro de la línea progresiva de la Re forma de 1975 que comentamos, pueda llegarse a admi tir la donación entre cónyuges para el territorio - de derecho común.

3. Contratos comprendidos en la prohibición le-- gal.

El Código prohíbe la donación. Es evidente que - también prohíba en el 1.338 que el marido pueda cong tituir dote en favor de su mujer después de casados; pues la dote es una donación.

Lo que ya no está tan claro es si existe o no - existe donación en una serie de casos que la doctri na ha ido examinando, y sobre algunos de los cuales se ha pronunciado la jurisprudencia. Son los casos- que se llaman de donaciones indirectas o simuladas.

La idea central en todos estos casos está en que la doctrina y la jurisprudencia hacen equivalentes- los conceptos de donación y de liberalidad, con lo- que el campo se ensancha un tanto.

Acabo de citar la constitución de dote, que el - propio Código prohíbe, por considerar donación, des

pués de celebrado el matrimonio (art. 1.338).

Y se plantea el problema inverso, de si es donación la devolución de la dote durante el matrimonio, o mejor dicho, la devolución de la dote hecha por el marido a su mujer, anticipadamente, antes de los casos en que procede conforme al artículo 1.365 del Código civil. Problema poco estudiado, lo plantea Cámara, para afirmar que en esa devolución hay una liberalidad, por, lo tanto prohibida por el 1.334, puesto que el marido pierde en beneficio de la esposa el usufructo que le corresponde sobre los bienes dotales, usufructo que la mujer solamente podría recuperar cuando se producen los eventos previstos en la Ley ; pero, aclara, la liberalidad solamente se produce cuando el régimen económico matrimonial es el de separación de bienes, no cuando el régimen es el de gananciales pues en este caso los frutos de los bienes dotales son tan gananciales antes como después de la devolución anticipada, y no hay empobrecimiento del marido ni correlativo enriquecimiento de la mujer. (165)

Esta opinión de Cámara es un tanto discutible -- pues el enriquecimiento y correlativo empobrecimiento

to no hay que calificarlo solamente con referencia a los frutos sino tambien con referencia a los derechos que tiene el marido. No es del caso entrar ahora en el examen de la naturaleza del derecho -- que el marido tiene sobre los bienes de la dote -- inestimada. Ya haré alguna indicación en otro lugar de este trabajo. Pero si parece del caso indicar que una parte de la doctrina considera a este derecho como un derecho sui géneris, de mayor entidad que la mera suma de administración y usufructo de que nos habla el art. 1.357 del Código civil. - Este derecho causaría baja en el patrimonio del marido y pasaría a la mujer a quien se restituyese - anticipadamente la dote. Y esto creo que puede calificarse de empobrecimiento y correlativo enriquecimiento, o sea, de donación.

Como acto de liberalidad, o como posible acto - de liberalidad prohibido, se viene considerando el reconocimiento que un cónyuge haga de que el dinero invertido por su consorte en la compra de una - cosa sea dinero privativo del adquirente. Esta es una materia sobre la que se ha escrito mucho, sobre la que volveré después en su lugar oportuno, -

pero que he de incluir ahora en la lista de donaciones o actos equiparados a donaciones. Y no porque tal reconocimiento sea, sin más una liberalidad, puesto que indudablemente en muchos casos habrá un reconocimiento de un hecho cierto. Lo incluyo aquí porque entre las varias razones que se han dado para negar eficacia frente a terceros a este reconocimiento o confesión, y por lo tanto para negar la inscripción de tales bienes en el Registro de la Propiedad con el carácter de privativos, se ha dado la razón de tal confesión, sin prueba documental pertinente, puede ser una donación del dinero de un cónyuge al otro, y por lo tanto un medio para eludir el cumplimiento del artículo 1.334 del Código civil. (véase artículo 1.332 C.c.).

También se considera incluidos en la prohibición, los siguientes contratos :

La hipoteca de dote confesada, que no reúna los requisitos del artículo 1.345 (Resolución de 6 de Abril de 1894).

La constitución de renta o pensión entre esposos, como así lo declaró la Resolución de la Dirección General de los Registros de 30 de Noviembre -

de 1917. Pero creo del caso aclarar que tal opinión negativa debe referirse a los casos en que el régimen legal entre cónyuges sea el de gananciales, y -- también cuando sea el de separación de bienes a menos que a la tal pensión se la dotase de causa onerosa. Es decir, aunque opinable, no parece prohibido -- el pacto de pensión entre cónyuges en régimen de separación, pactada con causa onerosa, por ejemplo, en compensación al trabajo. También es de aclarar que -- la prohibición no alcanza a contratar con un tercero el pago por éste de una pensión en favor de uno o de los dos esposos, incluso es de -- alguna frecuencia -- tal contrato con pacto de beneficio al más viviente.

La compraventa con pacto de sobrevivencia (Resolución de 5 de Mayo de 1932).

La donación remuneratoria porque exige ánimo de -- liberalidad en el donante ; aunque algún autor como Lacruz dice debería ser admitida entre esposos por -- haber en ella remuneración de servicios y cumplimiento de una obligación natural. (166)

Se consideran posibles, porque la doctrina no los considera incluidos en la prohibición : otros contratos gratuitos, como los de mútuo, comodato, depósi--

to, mandato (167). La prestación de garantía de un --
 cónyuge en favor del otro, y de modo expreso la --
 fianza (Sentencia de 8 de Julio de 1905) y la pospo
 sición de la hipoteca que un cónyuge tenía sobre --
 bienes del otro, en favor de una tercera persona --
 acreedora del cónyuge propietario de los bienes hi-
 potecados. (Sentencias de 27 de Junio de 1897 y 8 -
 de Marzo 1902).

Esta opinión se basa en que en tales contratos -
 no hay técnicamente donación, sino otra figura jurí
 dica distinta. La cosa sin embargo no parece del to
 do clara. Lacruz opina que en buena parte de los ca
 sos hay liberalidad, concretamente en el afianza---
 miento gratuito, o sea, prestado sin recibir pre---
 cio. (168)

Pero quizá no pueda sostenerse la opinión de La-
 cruz, Del contrato en sí no resulta la liberalidad-
 ni mucho menos el empobrecimiento del garante. Ha--
 brá que esperar a que verdaderamente se produzca, y
 además a que el garante renuncie a repetir su crédi
 to contra el cónyuge afianzado. Entonces es cuando
 podrá considerarse la existencia de una donación --
 prohibida. No antes.

Lo mismo cabe decir de otras figuras que se incluyen como dudosas de donación, por ejemplo, las obras y mejoras hechas con dinero de un cónyuge en fincas del otro, o el pago hecho por uno de deudas del otro. Ni la mejora ni el pago, en sí, son donación. El cónyuge que efectúa tales actos jurídicos tiene derecho a reintegrarse del otro por el importe correspondiente. La renuncia a ese importe será la donación.

También están incluidas en la prohibición las donaciones hechas por medio de persona interpuesta. El Código en el artículo 1.335, solamente nombra las hechas a los hijos del otro cónyuge o a las personas de quienes éste sea heredero. La doctrina entiende que tal precepto aplica un caso particular de personas interpuestas, considerando interpuestas a las personas nombradas en el artículo 1.335. Pero nadie duda de que también serían nulas las hechas por medio de otras personas interpuestas, abstracción hecha de la dificultad de la prueba. (169)

Un poco más dudoso es el término de "heredero presunto" que emplea ese artículo 1.335. Algunos han referido el concepto a la persona de quien el otro cón

yuge sea heredero abintestato, pero también se admite en el concepto a cualquiera otra persona que haya nombrado, o nombre después, heredero voluntario al otro cónyuge. Así Lacruz (170). Y dentro de esta idea, aún resulta más dudoso el matiz de si el otro cónyuge ha de ser heredero único, y por lo tanto no habría donación por persona interpuesta cuando sea heredero pro parte con otras personas más. El Código no autoriza una tal distinción.

Están permitidas expresamente por el Código las donaciones que reunan estos dos requisitos : que -- sean módicas; y que se hagan en ocasiones de regocijo de la familia.

El concepto de lo módico sale del campo jurídico. El Diccionario de la lengua nos enseña que módico -- equivale a moderado, escaso, limitado. Esa idea de modesto o escaso es la que recoge el Código. Muchos autores creen que es un concepto relativo que hay -- que ponderar en relación con la fortuna y nivel de vida de los cónyuges. Pero no dice eso el Código, -- ni el Diccionario. La donación, para que sea válida ha de módica, o sea aún tratándose de cónyuges ricos, el regalo ha de ser de poca importancia, si nó

no es módico. De todas maneras admito que el concepto es un tanto impreciso, y quizá haya de combinarse la moderación y la fortuna.

Mucius Scaevola citado por Lacruz (171) proponía el límite de la décima parte de los bienes presentes, que utiliza el artículo 1.331 para las donaciones en capitulaciones matrimoniales antes de casarse. Lo rechaza Puig Brutau y Lacruz porque el Código no señala ese límite a las donaciones entre esposos, y por lo tanto se podrá exceder de él. - (172) - (173)

Así como acabo de decir que los cónyuges ricos han de someterse al concepto de lo módico, por igual razón resulta válida la donación entre cónyuges pobres, cónyuges que no tengan fortuna ninguna, si el regalo es módico ; modestia que, por mucha que sea, excederá de la décima parte de la fortuna, ya que por hipótesis partimos de que no tienen fortuna.

El otro requisito, el del regocijo familiar, es un requisito extrínseco a la donación en sí misma. No es la alegría que la donación produce, como equivocadamente ha apuntado la Sentencia de 12 de-

Marzo de 1958, sino que tiene que consistir en un acontecimiento distinto, por ejemplo, un éxito profesional, acontecimientos familiares venturosos por nacimientos, bodas, cumpleaños, etc..

4. Efectos de la prohibición. Nulidad.

Las donaciones hechas contraviniendo la prohibición son nulas de pleno derecho.

El Código emplea la frase "durante el matrimonio". El significado que se dá a tal expresión es la de limitar la nulidad a las hechas después de celebrado el matrimonio, y siendo éste válido. No quedan prohibidas las donaciones entre novios, y en opinión de Lacruz las que se efectúan entre concubinos, (174), afirmación a la que parece prudente añadir que ello será así sin perjuicio de que éstas últimas puedan ser impugnadas por ilicitud de la causa o por otro motivo. Quedan incluidas, en cambio, al decir de Lacruz las donaciones entre cónyuges con matrimonio rato y no consumado, porque la dispensa que se obtiene no significa anulación. Parece referirse a las hechas desde la celebración hasta la dispensa.

La frase "durante el matrimonio" ha dado lugar a una conocida interpretación, contraria a la nulidad plena, y que se debe a Vallet de Goytisolo. (175).-- Vallet en síntesis sostiene que las donaciones entre cónyuges, radicalmente nulas como tales, son en cambio válidas como donaciones mortis causa si el donante muere sin haberse arrepentido de ellas. Es la posición del Derecho romano a partir de la famosa constitución de Severo y Caracalla, la llamada "Oratio Divini Severi". ("Es lícito que se arrepienta el que donó ; pero es duro y avaro que el heredero la quite, acaso contra la última voluntad del -- que hubiere hecho la donación").

Vallet argumenta su interpretación en la letra -- del artículo 1.334 que, no dice que entre cónyuges sea nula toda donación otorgada durante el matrimonio, como dispone el 1.335 respecto a las donaciones otorgadas a favor de ciertas personas, sino que el Código se limita a decir "será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio" ; -- por lo que muerto el donante, terminado ya el matrimonio, desaparece el obstáculo legal y la donación queda convalidada. La frase "durante el matrimonio",

añade Vallet, sería redundante si el artículo 1.334 ordenase la nulidad absoluta ; hubiera bastado la -- frase "son nulas las donaciones entre cónyuges". La frase no se refiere al momento del otorgamiento, si no al tiempo durante el cual son nulas las donaciones ; el momento del otorgamiento ya viene señalado con la frase "entre cónyuges".

La donación entre cónyuges se convierte así, según Vallet, en una donación mortis causa ; hay una conversión de negocio jurídico, una conversión jurídica material, el cónyuge donante habrá querido convertir la donación entre vivos en donación mortis causa para salvar la nulidad establecida por la Ley y alcanzar el fin económico propuesto.

Esta tesis de Vallet tropieza a seguido con la -- dificultad del artículo 620 del Código, según el -- cual y tal como suele entenderse las donaciones mortis causa necesitan adoptar la forma de legados en testamento. Vallet niega también este punto y entiende que el artículo 620 no dice eso, que solamente dice que las donaciones mortis causa se registrarán por las reglas de la sucesión testamentaria, luego está reconociendo que ya han nacido como donación,--

que ya existen, y luego de nacer es cuando se les aplica las reglas de la sucesión testamentaria, las cuales reglas no son las de la forma, pues en cuanto a forma hay que atenerse a la requerida para la donación.

Esta teoría de Vallet ha sido bien recibida por parte de la doctrina. Lacruz (176) estima defendibles los argumentos de Vallet, y que "sería ocasión de regocijo su admisión por la jurisprudencia". Antes Virgili Sorribes también la calificó de "natural desde el punto de vista racional, histórico, ético y gramatical". (177) Fuenmayor en cambio la califica de ingeniosa, pero forzada (177 bis).

Pero no ha sido recibida por la jurisprudencia.- Numerosas sentencias han venido afirmando la necesidad de que las donaciones mortis causa se formalicen mediante testamento (Sentencias 3 Enero y 8 Febrero 1905 ; 8 Julio 1945, 4 Noviembre 1.962). Y -- más recientemente la Sentencia de 28 de Octubre de 1965 es más explícita, pues en ella se invocaron, -- como argumentos, los esgrimidos por Vallet. El Supremo los rechaza expresamente y dice que esa opinión no es doctrina legal, y que no puede ser admitida -- cualquiera que sea su valor sugestivo "por su defi-

ciente apoyo en una simple redundancia empleada por el Código para remarcar lo que dispone, por resultar claros los términos imperativos en que el precepto se expresa, determinantes de una nulidad total e insubsanable" ; y añade la Sentencia, volviendo otra vez al argumento de la forma, "y por que -- tal tesis pugna abiertamente con lo establecido en el artículo 620 del Código, a la vista de cuyo texto es inconcuso que la eficacia de tales donaciones requería inexcusablemente un acto de disposición - mortis causa".

La postura admitida, más usualmente, y la que sigue nuestro Tribunal Supremo es la de que la donación entre cónyuges es acto totalmente nulo. Por lo tanto :

- Puede ser invocada por cualquiera que tenga interés en ello, el donante, sus causahabientes, los terceros acredores. El Supremo, sin embargo, en sentencia de 30 de Junio de 1948 declaró que la nulidad no puede ser apreciada de oficio por los Tribunales.

- La donación no puede ser confirmada o ratificada.

- La acción es imprescriptible.
- Se puede recuperar la cosa donada, salvo el juego de las normas protectoras del tráfico jurídico de buena fé, por lo que de no obtenerse la recuperación, se podrá obtener la indemnización consiguiente.

B. Compraventas entre cónyuges.

1.- Textos legales.

El artículo 1.458 del Código dice que el marido y la mujer no podrán venderse bienes recíprocamente, sino cuando se hubiese pactado la separación de bienes, o cuando hubiera separación judicial de los mismos bienes".

2.- Fundamento.

Se aducen diversos fundamentos para justificar este precepto. Es-tán acordes todos en que no es causa la supuesta unidad de persona, ya que los cónyuges después de casados conservan su personalidad independiente ; y se rechaza la declaración aislada, y no precisa para el pleito en cuestión, que

contiene la sentencia de 19 de Diciembre de 1.932 que invoca la unidad de persona que les impide contratar, ~~sentencia~~ que se refería a un convenio entre cónyuges sobre cesación de la vida común, materia que está fuera de la autonomía de la voluntad -- como ya antes dejé expuesto. Pero eliminado ese -- fundamento, ya no está tan claro cuál sea la razón por la que el Código contiene el precepto transcrito.

Castán dice que en Derecho Romano y en nuestra-legislación de Partidas no existió imposibilidad - legal de celebrar contratos de compraventa entre - marido y mujer, pues solo estaban prohibidos a éstos los contratos ~~que~~ llevasen consigo o encubrie--sen una donación.

Pero al establecer la Ley 55 de Toro la necesidad de la licencia marital, se pensó acaso sin fundamento dice Castán, que esto implicaba necesariamente la imposibilidad de celebrar ventas entre -- cónyuges, y así pasó al Proyecto de 1.851 y al Có-digo vigente. (178),

Cámara también alega como fundamento del artícu-lo 1.458 la existencia de la licencia marital. "Su

puesto que sea necesario para que la mujer venda o compre, es lógico y natural que la Ley no permita las compraventas entre esposos, pues de lo contrario el marido, negando la licencia, puede cerrar -- prácticamente el camino a su mujer (necesitada de comprar o vender) para que contrate con otra persona, y de este modo obligarla a realizar, en su beneficio, una operación desventajosa". (179). Por eso, dice Cámara cuando la mujer no necesita licencia -- por estar separada de su marido, son posibles las compraventas entre marido y mujer.

Hay que advertir que Cámara, como expongo en -- otro lugar de este trabajo, pone el fundamento de la licencia marital en el régimen de gananciales, -- no en la autoridad del marido; tesis discutida con referencia a nuestro Derecho positivo antes de la -- reforma, y no aceptada por la Reforma puesto que ha suprimido la licencia marital sin reformar la regulación de los gananciales. Y aunque ello comporte -- algunas anomalías, como se verá, es indudable que -- hoy día, en que no existe la licencia marital, y sí que existe el artículo 1.458, no puede alegarse como fundamento de él la existencia de la licencia ma

rital. Ello, aparte de que aún antes de la reforma, el fundamento alegado no estaba claro, pues de una parte la mujer podía recabar la licencia judicial supletoria, y por otra, se entendía que la licencia marital era precisa también en los casos de separación pactada en capítulos, aunque de hecho en los mismos capítulos se concedía con carácter general.

Puig Brutau indica dos fundamentos a la prohibición : uno es la finalidad de impedir donaciones disimuladas entre cónyuges por el gran riesgo que supone el que la contraprestación consista en dinero. Este fundamento no es admisible, pues el mismo riesgo hay cuando entre cónyuges existe separación de bienes, que el propio artículo permite.

Y el otro fundamento que alega es el de evitar los dudosos efectos que resultarían del contrato para el patrimonio común de los cónyuges, razón que, según Puig Brutau, no existe en los casos de separación y por eso el Código permite en esos casos las compraventas entre cónyuges. (180)

Este último fundamento es algo más defendible, aunque de escasa consistencia. La conclusión lógica de basarnos en él sería que las ventas entre esposos serían posibles, aún en régimen de ganancia

les, cuando se vendieran bienes privativos del -- uno comprados con dinero privativo del otro, ambos extremos justificados debidamente.

Todavía se puede reseñar otro fundamento, que -- invocó Manresa, y que recoge Castán: garantizar los intereses de terceros que contraten en la creencia de un determinado estado de fortuna, y que podrían ser defraudados por las enajenaciones hechas por -- el marido a la mujer. (181). Muy poco admisible. -- Los acreedores tienen sus propias acciones cuando las enajenaciones sean hechas en fraude de sus derechos. Con igual razón habría que prohibir las -- enajenaciones hechas en favor de los hermanos, parientes, amigos de confianza, etc..

Del examen hecho y de las dudas que he expuesto y que me ofrecen cada uno de los fundamentos alegados por los diversos autores llego a la conclusión de que la prohibición contenida en el art. 1.458 -- del Código civil no tiene razón fundada, y que por lo tanto muy bien se puede pensar en que desaparezca en alguna próxima reforma del Código Civil.

3.- Contratos comprendidos en la prohibición legal.

Están prohibidas, pues, las compraventas entre esposos, constante un régimen de comunidad o de gananciales.

Están permitidas existiendo régimen de separación, convencional o legal. Esta separación que debe ser probada en forma, no bastando con afirmarla (Resolución de 14 de Noviembre de 1.906). - Dados los términos del precepto, es indudable que la separación convencional puede ser previa al matrimonio, o pactada después, al amparo de la libertad que hoy existe,

Esta posibilidad puede dar lugar a la habilitad de que cónyuges en régimen de gananciales pacten la separación, efectúen entre sí las ventas deseadas, y vuelvan luego a pactar otra vez el régimen de gananciales. Tal proceder podrá ser impugnado por quienes resulten defraudados o prueben la simulación.

Prohibida la compraventa entre cónyuges y no estando muy claro el fundamento de la prohibición resulta muy dudoso extender la prohibición a -- otros contratos onerosos que se dicen análogos a la compraventa ya que las normas prohibitivas son

de interpretación restringida. Veamos algunos :

Una antigua Resolución, de 6 de Diciembre de 1.898, extendió la prohibición a las ventas hechas por el marido a la mujer, de bienes pertenecientes a un tercero del que era mandatario el marido. En general se rechaza ese criterio porque el vendedor no es el marido, sino el poderdante o mandante, y no es aplicable tampoco el art. 1.459 nº 2, porque compra la mujer, persona distinta -- del mandatario. Así Castán (182), y Lacruz (183) y ambos citan a Manresa.

También son dudosos los casos de venta forzosas en pública subasta por entender algún autor -- que el art. 1.458 se refiere a compraventas voluntarias, (dice "venderse recíprocamente") y porque en las ventas en subasta judicial no hay sospecha de fraude ni de donación disimulada. Así Lacruz -- (184). Por lo tanto el marido, por ejemplo, podría tomar parte en la subasta y resultar adjudicatario de bienes embargados a su mujer, bienes -- de ella, y por deudas de ella misma.

El mismo Lacruz afirma que no son posibles, en cambio, las adjudicaciones en pago o para pago de

deudas hechas voluntariamente entre cónyuges, dado que tal figura se asimila jurisprudencialmente a la compraventa.

También resulta dudosa la extensión a la permuta. Castán incluye la permuta entre los contratos prohibidos entre cónyuges (185). Alega el art. - - 1.541 del Código, que ordena aplicar a la permuta las reglas de la compraventa. El argumento es fuerte. No obstante Lacruz no está conforme porque, dice, hay textos de la compraventa que son inaplicables a la permuta; porque en la permuta no hay peligro de donación oculta entre los cónyuges ya que es imposible la simulación de entrega de la cosa - permutada, es decir, que el fraude es mucho más difícil al no haber ninguna duda sobre las prestaciones recíprocas de los cónyuges; y porque en la - - permuta opera siempre la subrogación real y por -- ello excluye la posibilidad de que la contraprestación obtenida con la permuta de unos bienes privativos tenga carácter ganancial, mientras que ese - riesgo existe en alto grado cuando se compran bienes. (186). Puig Brutau hace suyos esos argumentos. (187).

La transacción. Se incluye asimismo por Cas--
tán porque según el Tribunal Supremo la transac--
ción exige por su analogía con la compraventa, -
los mismos requisitos de capacidad de los otorgan--
tes. (Sentencia de 12 de Diciembre de 1899). - -
(188). También Puig Brutau, aunque con alguna va--
cilación. Dice que el art. 1,811 del Código, al--
decir que ni el marido ni la mujer pueden transi--
gir sobre los bienes y derechos dotales sino en--
los casos y con las formalidades establecidas pa--
ra enajenarlos, se refiere a las transacciones -
para con terceras personas, pero esa equipara---
ción de la transacción con la enajenación abona--
el criterio de estimarla también prohibida entre
los cónyuges. Además, sigue diciendo, la transac--
ción se presta, incluso mejor que la compraven--
ta, a encubrir una donación. (189)

Lacruz no está conforme con esa opinión y di--
ce explícitamente que la postura prohibitiva no--
le parece aceptable. "En primer lugar, la norma--
prohibitiva del artículo 1.458 debe aplicarse --
con mucha parsimonia y solo cuando la eadem ra--
tio sea muy poderosa. Y no es este nuestro caso,

ya que la transacción no es necesariamente un -- contrato destinado a transmitir cosas a cambio -- de una compensación." De ahí, sigue diciendo, -- que muchos autores franceses que cita la admitan alegando la ventaja que reporta a los cónyuges -- de evitarles recurrir a la Justicia para resolver los conflictos patrimoniales que surjan entre -- ellos. "Por último, concluye Lacruz, piensese -- que si los cónyuges pueden contratar salvo determinadas excepciones, cuando surja controversia -- acerca de un acto o contrato que les sea lícito -- o permitido, deben poder transigir, al menos sobre la materia del contrato." (190)

4.- Efectos de la prohibición. Nulidad.

El incumplimiento de la prohibición produce -- la nulidad del contrato de compraventa concluido entre los cónyuges. Esto parece tan evidente que la mayor parte de los autores no se paran a afirmarlo. Lo hace explícitamente Lacruz (191). Nulidad plena, por ir contra una prohibición legal, -- con todos sus efectos consiguientes.

C) Sociedades entre cónyuges.

1.- Textos legales.

En la enumeración de los contratos prohibidos entre cónyuges existe siempre la de que no pueden contraer sociedad universal, por ser personas a -- quienes está prohibido otorgarse recíprocamente al guna donación o ventaja. (art. 1.677 C.c.) Así Cas tán (192), Puig Brutau (193), Lacruz (194), Cámara- (195).

2.- Fundamento.

El fundamento de esta prohibición al decir de -- la doctrina está en el pensamiento de que mediante la sociedad universal puede eludirse la prohibi--- ción de donarse bienes que existe entre cónyuges, -- puesto que al pactar la sociedad universal pasan -- de un cónyuge al otro, gratuitamente, los bienes -- que tenga en la actualidad y los que adquiriera en -- lo sucesivo, incluso los adquiridos por título -- gratuito.

El argumento sin embargo es poco convincente co -- mo veremos un poco más adelante.

3.- Contratos comprendidos en la prohibición legal.

Pero con razón e sin ella, la prohibición existe, dados los términos del art. 1.677 del Código civil.

Y dados esos términos, resultan permitidas a -- contrario, todas las demás sociedades que no sean universales. Así lo entienden los autores antes citados.

Con todo, la conclusión de estar permitidas las demás sociedades no está todo lo clara que fuera -- de desear.

En cuanto a las sociedades particulares, de carácter civil, no se suele plantear el problema de modo expreso. Los autores tratan más bien de la -- constitución de sociedades mercantiles. La verdad es que la sociedad civil particular, aun entre extraños es una especie jurídica poco frecuente en -- la realidad.

Las sociedades mercantiles entre cónyuges son en cambio bastante frecuentes. En orden a la validez de su constitución, se han ido produciendo algunas Resoluciones de la Dirección General de los Registros, que enjuician el caso concreto desde lue-

go, pero que permiten en cierto modo formular un criterio ordenador de la materia.

Las razones de la jurisprudencia de la Dirección para rechazar las sociedades entre cónyuges pueden resumirse así :

12) La falta de autonomía de la mujer dentro de la sociedad. (Res. de 9 de Marzo de 1.943). - La mujer, según este argumento, no puede desenvolver libremente su actividad social por cuanto está sometida a la licencia marital.

En el Derecho anterior a la reforma se admitía este argumento como válido en cuanto se referiera al acto de la constitución de la sociedad. La mujer no podía tomar parte en la constitución de la sociedad, ni aunque aportara solamente bienes privativos, sin contar con la licencia marital (art. 61 C.c. en su anterior redacción).

Pero no se consideraba válido el argumento referido a la sociedad ya constituida. Cámara hizo un estudio profundo del tema y llegó a la conclusión de que la mujer casada no necesitaba licencia marital para ejercitar sus derechos como socio, tanto en las sociedades personalistas como -

en las capitalistas. Podía, por tanto, asistir y votar en Juntas, percibir dividendos o beneficios, ejercitar el derecho preferente de sus---cripción de acciones o participaciones, aprobar o impugnar cuentas, y nombrar administradores.- Solamente se veía una limitación en orden a necesitar autorización marital para demandar judicialmente a la sociedad. También se exigía li---cencia para que la mujer casada pudiera aceptar y ejercitar cargos de administradora de la so---ciedad, fundamentalmente por la semejanza de posición jurídica del administrador de una socie---dad con el mandatario.

Las razones de esta posición eran la de que todos los actos enumerados se consideraban como actos de administración, que la mujer casada podía celebrar sin licencia marital; incluso la ---suscripción y pago de nuevas acciones en los casos de aumento de capital, porque tal medida tenía un carácter marcadamente conservativo de su participación social, que se vería perjudicada en el orden político del derecho de voto, y en el orden económico de cuota de liquidación en -

el patrimonio social, de no suscribir las nuevas acciones. (196).

Estas razones eran bastante claras y convincentes en los casos en que la participación social de la mujer casada era privativa. Mas oscuras en los casos en que la participación social estaba adquirida, a nombre de la mujer, pero a costa del caudal común. Conforme al artículo 1.401, 12, la participación es de carácter ganancial, pero aún así, también Cámara entendía posible la actuación de la mujer casada, en el ejercicio de sus derechos sociales, a base de distinguir dos aspectos: en el aspecto o relación de socio con sociedad, la condición de socio radica en el titular nominal en este caso la mujer, y pueda ejercitar todos sus derechos como socio, porque al dar el marido el consentimiento para constituir la sociedad o adquirir la participación social, es obvio que da también el consentimiento para ese ejercicio posterior de los derechos sociales. En el otro aspecto, el material o de fondo, la participación es presuntivamente ganancial, y hay que aplicarle las reglas correspondientes, tanto en -

orden al destino de los beneficios sociales, como a la responsabilidad por deudas del marido, como a la inclusión en la liquidación de la sociedad conyugal por causa de muerte o separación, con el posible ejercicio de los derechos preferentes de adquisición, legales o estatutarios, si las participaciones sociales o las acciones se adjudican nominativamente a persona distinta aunque sea el otro cónyuge. Lo que no puede hacerse es aplicar el régimen de administración de gananciales en -- cuanto a las relaciones directas de socio con sociedad, y por lo tanto el marido no podría suplanta a la mujer en su condición de socio y en consecuencia intervenir en las juntas y demás actos de la sociedad.

En el derecho vigente, desaparecida la necesidad de la licencia marital, no tiene duda que el argumento de la falta de autonomía no puede alegarse como obstáculo para la constitución de las sociedades entre cónyuges. Si la mujer aporta bienes privativos, porque lo puede hacer sin una licencia que ya no existe; y si suscribe acciones o cuotas a costa del caudal común, porque el mario

do, también fundador, lo está aceptando y consis-
tiendo expresamente. Tampoco puede alegarse esa -
falta de autonomía en el ejercicio posterior de -
la condición de socio, puesto que si se venía ad-
mitiendo ese ejercicio antes de la reforma, con -
licencia marital en vigor, con más razón ha de ad
mitirse hoy, sin vigencia ya la licencia.

2º) La prohibición de modificar durante el ma-
trimonio el régimen de bienes existentes en el --
mismo. (Res. 9 Marzo 1.943).

Ya antes de la reforma se rechazaba este argu-
mento por entender que el Código prohibía alterar
las condiciones generales económicas de la socie-
dad conyugal, pero no prohibía que ciertos bie--
nes concretos quedasen sujetos a las consecuen---
cias legales propias de un contrato lícito y per-
mitido entre cónyuges.

Hoy día, permitido modificar el régimen econó-
mico matrimonial después de casados, este argumento
carece totalmente de valor.

3º) El peligro antes apuntado de que mediante-
la constitución de una sociedad se produzcan donaci
ones o liberalidades entre los cónyuges. (Tam--

bién las Res. de 9 de Marzo de 1.943). Argumento este que es en sí, un tanto débil, pues no se -- trata de que las sociedades entre cónyuges vulne -- ren ningún precepto legal imperativo, sino de -- una posible, ni siquiera segura, vulneración in -- directa. Claro es que tal donación puede ocurrir mediante el mecanismo de la sociedad, simplemen -- te con valorar las aportaciones de los cónyuges -- de tal manera que uno de ellos resulte favoreci -- do. Pero esta posibilidad no basta para negar la licitud de la constitución de la sociedad, por -- que, por lo pronto también puede llegarse a re -- sultados similares mediante otros negocios permi -- tidos; y porque no se puede presumir en los cón -- yuges el ánimo de defraudar la ley cuando están -- constituyendo una sociedad, siendo indudable que pueden estar fundándola con verdadero ánimo so -- cial, para conseguir la realización del objeto -- social, con lícito ánimo de lucro común. Por eso dice Cámara que la propia Dirección General de -- los Registros y del Notariado se ha ido dando -- cuenta de la poca solidez de estos argumentos y -- ha reconocido expresamente en las Resoluciones --

de 16 de Marzo de 1959 y 4 de Noviembre de 1969 que no puede presumirse la mala fé entre los esposos que constituyen una sociedad, declarando también que tal constitución no significa necesariamente alteración del régimen económico conyugal.

42) "Que se crea un patrimonio separado del propio patrimonio ganancial y se atenta al principio general de responsabilidad establecido en el artículo 1.911 del Código Civil". Son palabras de la Resolución de 16 de Marzo de 1959.

Este es el único argumento, que aunque sea discutible, puede estimarse vigente, es decir, un argumento que no ha sufrido variación por consecuencia de la reforma de 1975.

Aun admitiéndolo, resulta de él que lo que la Dirección General de los Registros entiende es que es necesario, para la constitución de la sociedad la concurrencia de otro patrimonio diferente del ganancial de los cónyuges. La Dirección entiende que el patrimonio de carácter ganancial no puede por sí solo convertirse, en parte de él, en patrimonio separado con limita-

ción de responsabilidad. Esta conversión, mejor dicho, esta creación del patrimonio separado resulta justificada cuando concurre una tercera -- persona que aporta su propio patrimonio, creando una empresa común con su patrimonio común, y separado.

La conclusión es la de que no parece no deber haber obstáculos a la creación de sociedades mercantiles cuando además de los dos cónyuges concurre un tercer socio; circunstancia que necesariamente se ha de dar en las constituciones de so--cidades anónimas, a tenor del artículo 10 de la Ley de sociedades anónimas de 17 de Julio de - - 1.951 que exige un mínimo de tres fundadores.

Esta conclusión es de uso frecuente en la - - práctica, si la referimos a los contratos de fundación de sociedades anónimas, que son frecuen--tes con la concurrencia de cónyuges, ambos socios fundadores, y la de otras personas además, tam--bién fundadores. La propia Resolución de 4 de Noviembre de 1969 considera inscribible la socie--dad anónima fundada por marido, mujer y un tercero, y en la que ambos cónyuges aportaron bienes-

presuntamente gananciales.

Por igual razón debe admitirse la constitución de sociedades de responsabilidad limitada en la - que además de los dos cónyuges con aportaciones de carácter ganancial, concurre un tercero a la fundación; forma contractual que hasta ahora se ha - venido considerando de validez dudosa por causa - también de los otros argumentos aducidos por la - Resolución de 9 de Marzo de 1943, pero que al no tener vigencia actual tales argumentos, queda con vía más expedita.

Por iguales razones, también parecen admisi---bles las sociedades de responsabilidad limitada,--constituídas exclusivamente entre los dos cónyu--ges, si están sujetos a régimen económico matrimo--nial de separación de bienes; o si, aun en régi--men ganancial, los bienes aportados son privati--vos del uno y del otro, con prueba fehaciente de--tal caracter; o incluso si uno de los cónyuges --aporta bienes gananciales y el otro bienes priva--tivos.

También parecen admisibles las sociedades co--lectivas, cualquiera que sea el carácter de los -

bienes aportados por ambos cónyuges, a los que -
suponemos únicos socios. La razón está en que^{en/}es
te tipo de sociedades existe responsabilidad per-
sonal, ilimitada y solidaria de los socios, --
(art. 127 del Código de Comercio) y por lo tanto
no se produce el obstáculo del artículo 1911 del
C.c. que invoca la Resolución de 1959 citada.

En cuanto a las sociedades comanditarias for-
madas exclusivamente entre cónyuges, creo que la
solución es la misma que las de responsabilidad-
limitada, o sea, admitirlas cuando los cónyuges-
estén en régimen de separación de bienes; y cuan-
do no estándolo, aporten bienes privativos del -
uno y del otro; o aportan, el uno bienes privati-
vos y el otro bienes gananciales.

Cámara aun va más allá y propugna la admisibi-
lidad de las sociedades de responsabilidad limi-
tada formadas exclusivamente por marido y mujer,
en régimen de gananciales. Dice que la razón adu-
cida por la Resolución de 16 de Marzo de 1959 no
es aceptable, porque lo que importa no es la con-
sideración de que mediante la constitución de la
sociedad se pueda defraudar el principio de la -

responsabilidad patrimonial universal, sino que - lo importante es que exista de verdad affectio societatis y no se trate de una sociedad simulada - con el único fin de eludir la aplicación del artículo 1911 del Código Civil. Es perfectamente imaginable una sociedad limitada constituida por marido y mujer al amparo de una affectio societatis completamente veraz. Podrá haber simulación, pero mientras la ley no lo declare así expresamente, - no cabe que la simulación se presuma al tiempo de constituir la sociedad. (197).

4.- Efectos de la prohibición. Nulidad.

La sociedad celebrada entre los dos cónyuges - exclusivamente, que sea alguna de las consideradas prohibidas, debe reputarse nula por contravenir una prohibición legal. Téngase en cuenta, además, que tratándose de sociedades mercantiles no pueden ser inscritas en el Registro Mercantil, -- con lo que no llega a producirse ni siquiera una apariencia de sociedad.

D) La prohibición, hoy derogada, de alterar el régimen económico matrimonial mediante contrato posterior.

1.- Textos legales y fundamentos.

Al tratar de la capacidad de los cónyuges para celebrar contratos entre sí, después de afirmar la regla general de la capacidad, los autores han venido examinando las excepciones a esa regla, o sea, los contratos que los cónyuges no pueden celebrar entre sí. Y después de examinar la donación, la compraventa y la sociedad, como ya lo hemos hecho, se ha examinado siempre la prohibición de celebrar nuevas capitulaciones matrimoniales.- Recuérdese que este trabajo está circunscrito al derecho común.

Esta prohibición de que los cónyuges pudieran celebrar capitulaciones matrimoniales que modificara el régimen que tuvieran a tal momento, se ha considerado en nuestro derecho civil común anterior a la reforma de 1975 como un principio -- fundamental, que se justificaba en la necesidad de garantizar la libertad del consentimiento de-

los cónyuges, entendiéndose que durante el matrimonio la fuerte influencia de uno sobre el otro-- habría de impedir la pureza de ese consentimiento; argumento al que se añadía el del interés de los terceros que deben saber, con referencia a una fecha fija, el régimen de bienes aceptado por los cónyuges.

Esta inmutabilidad del régimen económico matrimonial se encontraba formulada en el Código en -- los artículos 1.315 ("Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo...") y 1.320 ("Después de celebrado el matrimonio no se podrán alterar las capitulaciones otorgadas antes,..."). La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Noviembre de 1964 consideró que el artículo 1.320 era de orden público.

La reforma de 2 de Mayo de 1975 ha cambiado radicalmente de postura, y modificado dichos artículos. El 1.315 dice ahora que "Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes o después de celebrarlo...."; y el 1.320 establece que "Los cónyuges mayores de edad podrán en todo momento, actuando de común acuerdo, modifi--

car el régimen económico, convencional o legal, - del matrimonio. Si alguno de ellos fuere menor - de edad, se estará a lo dispuesto en el artículo 1.318".

Los viejos fundamentos de la inmutabilidad se han esfumado. La Exposición de Motivos de la reforma, después de nombrar el fundamento del antiguo sistema (La influencia que un cónyuge, generalmente la mujer, pudiera sufrir), dice sencillamente que "frente a ello cabe señalar que, -- desde hace siglos, la regla cabalmente contraria la misma que ahora se introduce, está vigente en grandes zonas de nuestro país, pues casi sin excepción, es tradicional en los territorios de derecho foral, sin que no solo no haya planteado graves problemas, sino que, al contrario, ha servido de cauce para resolverlos pacíficamente. Y el temido hecho de que tales pactos pudieran -- ocultar una falta de libertad o una voluntad viciada, es corregible sin necesidad de prohibir los pactos, acudiendo a las reglas generales que salvaguardan la autenticidad de la voluntad en los contratos".

El otro argumento, el de la seguridad de los terceros se resuelve en la Ley de reforma estableciendo con carácter obligatorio la publicidad de las capitulaciones matrimoniales, a través del Registro Civil, en la inscripción del matrimonio. - (art. 1.322).

No obstante este cambio, se hace preciso un -- examen de esta nueva libertad, porque aun dentro de ella quizá encontremos cortapisas, restricciones, en la capacidad de celebrar estas nuevas capitulaciones.

2.- Capacidad.

Conocida es la regla de que para otorgar capitulaciones basta tener la capacidad para celebrar el matrimonio mismo, y que por lo tanto los menores de edad pueden otorgar si bien han de obtener el complemento de capacidad que establece el artículo 1.318 del Código, a saber el consentimiento de las personas designadas por la Ley para dar el consentimiento al matrimonio mismo.

Para otorgar capitulaciones después de casados el artículo 1.320 exige, o que sean los cónyuges-

ya mayores de edad, o que, si alguno es menor de edad, se esté a lo dispuesto en el artículo 1318.

En este punto existe una contradicción entre el precepto citado y la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma, como ha puesto de manifiesto Sanz Fernández. "Según la Exposición dice, para modificar el régimen económico durante el matrimonio, o lo que es lo mismo para otorgar capitulaciones matrimoniales después de celebrado éste, - "se ha exigido el requisito de la mayoría de edad por ser el dato que proporciona la plena capacidad de obrar". Sin embargo, el artículo 1.320 al regular la modificación del régimen económico durante el matrimonio si bien se inicia diciendo que los cónyuges mayores de edad podrán en todo momento, actuando de común acuerdo, modificar el régimen económico, convencional o legal, del matrimonio, añade en el inciso segundo: "Si alguno de ellos fuere menor de edad se estará a lo dispuesto en el artículo 1.318." (198)

La remisión del art. 1.320 al 1.318 plantea alguna duda. El 1.318, como acabo de indicar, exige que los menores obtengan el consentimiento de - -

quienes deban darlo al matrimonio mismo. Esas personas estan enumeradas en el artículo 46 y siguientes del Código, y según el artículo 45, número 1^o estas personas han de intervenir y dar el consentimiento cuando se trata de menores de edad no -- emancipados por anteriores nupcias.

A la vista de esos preceptos podría pensarse + Los que después de casados otorgan capitulaciones matrimoniales, están ya emancipados por el matri-monio mismo, no les es aplicable el artículo 45 - nº 1; no necesitan consentimiento para celebrar - nuevo matrimonio; y por lo tanto no necesitan consentimiento de nadie para otorgar capitulaciones-matrimoniales. Según esta interpretación, el artí-culo 1320 contendría un olvido de la situación de emancipados que tienen los que otorgan capitulos-después de casados.

Pero esa interpretación no es aceptable. No es aceptable que el legislador haya incurrido en un-olvido de tal importancia. Es más lógica la si---guiente interpretación: Los ya casados que otor--gan capitulaciones matrimoniales no celebran nuevo matrimonio; solamente otorgan capitulos, que -

modifican su régimen económico matrimonial anterior, sea el pactado en las capitulaciones celebradas antes de casarse, sea el legal. No tiene por qué plantearse el problema de si les es aplicable el artículo 45, ni entra en juego este precepto. En cambio sí que les es aplicable los artículos 46 y siguientes, porque de modo expreso lo ordena el 1.320 por la vía del 1318. Intervención justificada, porque si esas personas intervinieron para que fueran celebrados unos capítulos, deben volver a intervenir para que tales capítulos sean modificados, ya que los cónyuges siguen -- siendo menores; y si su no intervención en los capítulos fué la causa de que el régimen fuera el legal (1.318 ap. 2º), igualmente deben ahora intervenir para que ese régimen legal resulte modificado.

La posible modificación del régimen legal plantea otro problema, un tanto delicado. El de si el artículo 1.320 se refiere solamente al régimen legal supletorio o también al régimen legal forzoso, al impuesto en los casos del artículo 50 del C.c., es decir a los matrimonios celebrados en --

contravención con las prohibiciones del artículo-45. A tales matrimonios el Código les impone, como sanción, el régimen de separación de bienes.

Antes de la reforma de 1975, la doctrina consideraba este régimen como inmutable, como inmutables eran legalmente todos los regímenes matrimoniales conforme al Código civil. Así Lacruz (199)-y Puig Peña (200). Este último, sin embargo, admitía una posible variación, con referencia a la redacción que tenía el artículo 50 antes de quedar redactado como está en la reforma de 1958. En --aquel viejo texto se decía, respecto a la viuda y a la mujer con matrimonio nulo que contrajeran nuevo matrimonio dentro del plazo prohibido, que la sanción de separación "no se aplicará si se hubiere obtenido dispensa". Y de ahí deducía Puig Peña que una vez celebrado el matrimonio sin dispensa, cabía obtenerla, y a partir de su obtención cesaba el régimen de separación y entraba en funcionamiento el de gananciales. Esta opinión concuerda con la redacción del artículo 265 del Reglamento del Registro civil, de 14 de Noviembre de 1958, según el cual los contrayentes que infrinján el artícu-

lo 45 del Código civil quedarán sometidos a las reglas de dicho Código, que no perjudicarán a tercero de buena fé sino desde la fecha de la indicación de la infracción en el Registro. La indicación se hará, sigue diciendo el precepto, a petición de cualquier interesado o de oficio, acreditando la falta de licencia, autorización, dispensa o aprobación de la cuenta general de la tutela, por certificación de la autoridad canónica o civil que instruyó el expediente matrimonial, o mediante sentencia penal. Y termina dicho artículo : "Presentada la oportuna licencia, autorización, dispensa o aprobación de la cuenta general, se cancelará la indicación".

La redacción de ese artículo 265 del Reglamento del Registro Civil no resultaba acorde con la legislación civil anterior a la Reforma de 1975, ya que entonces los regímenes económico matrimo-- niales eran en el Código civil, inmu--tables des-- pués de celebrado el matrimonio. Contraído el matrimonio con la infracción de alguna de las prohibiciones del artículo 45, los cónyuges habían incurrido en la sanción del artículo 50, el matrimo

nio se regía por el régimen de separación de bienes, y resultaba inoperante que después de celebrado se obtuviera las requeridas licencia, autorización, dispensa o aprobación de la cuenta de la tutela. Así lo afirmaron Lacruz y Albaladejo (201). "El otorgamiento de la licencia posterior al matrimonio -dicen- no puede transformarlo en sociedad de gananciales".

La reforma de 1.975 ha venido a sustituir el sistema de régimen económico matrimonial inmutable por el de libertad de modificación. Y al haber cambiado el sistema surge la duda de si podrá también modificarse por pacto el régimen económico impuesto por el artículo 50.

A favor de la posibilidad de modificarlo puede alegarse el disfavor con que la doctrina siempre consideró ese régimen impuesto; la incongruencia de considerar que un determinado régimen, el de separación, sea conceptualmente un castigo, siendo así que voluntariamente se utiliza en no pocas ocasiones, que es legalmente supletorio de segundo grado en el Código civil (artículo 1.364) y legalmente supletorio de primer grado en Cataluña y

en Baleares. Cabe también afirmar que el artículo 1320 reformado dice que los cónyuges pueden modificar "el regimen económico, convencional o legal del matrimonio", O sea, permite la modificación - de todo régimen legal, tanto el legal supletorio- como el legal impuesto, porque la ley no distin-- gue, y por ello no debemos nosotros distinguir. - En este sentido Sanz Fernández dice["]La expresión "po-- drán en todo momento, actuando de común acuerdo,- modificar el régimen económico, convencional o le-- gal, del matrimonio", se opone a la introducción- a este principio de mutabilidad del régimen, de - excepciones que no estén expresamente admitidas.- Por otra parte, no hay base ninguna para estimar- que al hablar el citado artículo de modificación- del régimen legal se refiere solamente al de ga-- nanciales y es evidente que ha de referirse tam-- bién al de separación cuando éste se aplique por- ministerio de la ley, es decir, cuando sea tam--- bién un régimen legal supletorio. Confirma la -- aplicabilidad a esta separación legal la circuns- tancia de no haberse hecho salvedad alguna respec- to de ella en ninguno de los ^{dos/}artículos 1.315 y, -

sobre todo, 1.320. No ofrece duda que sería violen-
tar la norma de éste último precepto incluir por -
vía de interpretación la excepción de la separa-
ción de bienes del artículo 50. Abunda además en -
esta posición la circunstancia de que en los párra-
fos que en la Exposición de Motivos de la Ley de -
reforma justifican el principio nuevo de libre modi-
ficación del régimen económico matrimonial no se -
hace alusión alguna a ninguna excepción al nuevo -
sistema." (202)

En contra de esta admisión de que se pueda modi-
ficar el régimen legal impuesto, se puede alegar -
que si, después de casados con infracción del artí-
culo 45, los cónyuges pueden modificar otorgando -
capitulaciones matrimoniales el régimen de separa-
ción impuesto, sin cumplir ningún otro requisito, -
resultará que la sanción es ilusoria. La razón de-
ser del precepto contenido en el artículo 50 pare-
ce oponerse a que, por la sola voluntad de los cón-
yuges, puedan éstos pactar la modificación del ré-
gimen impuesto y dejar sin efecto la sanción.

Por otra parte parece excesivo el condenar al -
régimen de separación de bienes a esos cónyuges, -

de por vida, sin posibilidad de perdón ni de subsanación, siendo así que otras conductas más graves infractoras de normas legales pueden ser sanadas o confirmadas, por nuevas declaraciones de -- voluntad.

Por eso, con el apoyo literal del artículo 1320 del Código civil, ("Los cónyuges....podrán modificar el régimen económico, convencional o legal..)" es defendible la posibilidad de que el régimen económico de separación impuesto, pueda ser reformado mediante capitulaciones matrimoniales, siempre que sean otorgadas después que haya desaparecido la -- causa legal de la sanción, o sea, una vez que haya desaparecido el interés que la Ley protege al señalar las prohibiciones del artículo 45 del Código.

Las tres prohibiciones que dicho artículo contiene responden a razones diferentes, y por eso -- conviene tratarlas por separado.

La primera prohibición, la del menor que no haya obtenido la licencia de las personas que deban concederla, responde a la idea de evitar la captación de voluntad de ese menor, que podría hacer el otro contrayente, para gozar de los beneficios de-

la comunidad de bienes, aún restringida, que nacería por aplicación del régimen legal supletorio de gananciales; captación de voluntad especialmente peligrosa en el caso de mujer menor de edad, por ser el marido el administrador de los bienes de la sociedad conyugal.

Para evitar esa captación de voluntad exige el Código la licencia paterna. Luego, cuando ya no haya peligro de captación de voluntad, por ser mayor de edad quien era menor al casarse, o cuando las personas llamadas a dar la licencia lo consintieran, en ambos casos, debe admitirse la validez de las capitulaciones matrimoniales modificadoras del régimen legal de separación. La Ley presume que el mayor de edad es plenamente capaz, presume que ya no necesita ningún consentimiento complementario o auxiliar de su buen juicio; luego parece correcta la conclusión de que una vez llegado a la mayoría de edad, pueda el menor, de común acuerdo con el otro cónyuge, también mayor de edad, otorgar las capitulaciones matrimoniales. Y de igual manera, aun siendo todavía menor, deben valer las capitulaciones otorgadas por ese menor-

con el consentimiento de su padre o persona llamada a dar el consentimiento para el matrimonio, el cual consentimiento deje sin efecto la falta de consentimiento anterior, lo conceda, y de modo expreso consienta el matrimonio y las nuevas capitulaciones.- Ambas variantes, la de mayores de edad y la de menores con consentimiento de las personas que deban darlo para el matrimonio, caben desde luego en la redacción que tiene el actual artículo 1.320 del Código civil.

En igual sentido se pronuncian Sanz Fernández-(203), Díaz Alabart (204), y Castán Vázquez y García Cantero, en la edición de Castán de 1976 - - (205).

La segunda prohibición, la de la viuda durante los trescientos un día siguientes a la muerte de su marido o antes de su alumbramiento si hubiese quedado en cinta, está menos clara. Se dice por nuestros civilistas que tal prohibición responde al deseo de evitar la confusión de la prole, quiere evitar que el hijo nacido en esos primeros meses del segundo matrimonio pueda ser atribuido -- tanto al primer como al segundo marido por haber-

nacido dentro de los plazos hábiles del artículo 108 del Código. Para evitarlo la solución del Código es que la viuda no se case hasta después del plazo de los trescientos un día, que deja aclarada la cuestión, diríamos que con creces.

La cosa, sin embargo no está muy clara, porque si la viuda se casa dentro del plazo prohibido, - el matrimonio es válido, la confusión de la prole se puede producir, y nada de tal confusión se evita con ordenar el régimen de separación legal. Lo único que se puede conseguir con tal separación - es que el hijo del marido muerto, participe en -- las ganancias del segundo matrimonio a través de la mitad de gananciales de su madre, una vez que ésta se muera. No se evita en cambio que tal hijo pueda ser atribuido al segundo marido, y por lo -- tanto le herede.

Teniendo en cuenta esta limitación de efectos, parece posible sostener que en estos casos se pueden otorgar las capitulaciones matrimoniales modificativas del régimen legal impuesto, una vez que hayan transcurrido los trescientos un día y no haya habido hijo. Desaparecido el motivo de la pro-

hibición, no hay razón para mantenerla. De igual manera opinan Sanz Fernández (206) y Díaz Alabart (207).

Más dudosos son los demás casos, cuando dentro de los trescientos un día nazca hijo, sobre todo si además está dentro de plazo para ser hijo del segundo marido. Pero aún en esos casos, lo que importa es aclarar la situación. Atribuido el hijo a uno o a otro marido, sea porque los plazos lo aclaren, o sea porque lo aclare la declaración de voluntad de la madre, e incluso la del segundo marido, al efectuar la inscripción del nacimiento, también ha desaparecido el motivo legal de mantener la separación de bienes. Atribuido el hijo al primer matrimonio, ese hijo queda en igual situación que los demás hijos que también puede haber de ese primer matrimonio, a todos los cuales no hay razón para privarles de las ganancias futuras que tenga su madre en el segundo matrimonio, y sobre todo no hay razón para privar de esas ganancias a la propia madre. Se debe poder modificar el régimen de separación por el de gananciales.

Atribuido el hijo al segundo matrimonio no hay

ninguna razón para obligar a los cónyuges a mantener el régimen de separación impuesto, y se ha de aceptar la modificación por capítulos en base al art. 1.320 del Código civil. Sanz Fernández acepta para estos casos el otorgamiento de capítulos matrimoniales siempre, sin previa aclaración y -- "sin perjuicio de que de haber hijos se resuelva el problema de la paternidad de conformidad con la regla que pudiera prevalecer de los arts. 108- y siguientes".(208)

Castán Vázquez y García Cantero entienden por el contrario que en los casos del nº 2 del art. - 45 no hay posibilidad de variar contractualmente el régimen de separación ex lege pues la turbatio sanguinis puede haberse producido ya (209).

La tercera prohibición es la del tutor con la pupila si se casan antes de ser aprobadas las - - cuentas de la tutela. Se quiere evitar que, con el matrimonio, el tutor se exima de rendir cuentas, y que los frutos de los bienes de la pupila se conviertan en gananciales y pasen a pertenecer en cierta manera al tutor, produciendo confusión. Aquí la conducta incorrecta del tutor, se ha con-

sumado, y quizá deba ser mantenida la inmutabilidad del régimen de separación. Cabría sin embargo sostener que una vez otorgadas las cuentas y aprobadas, una vez aclarada la situación, pueda pactarse ya para el futuro el régimen de gananciales.

Así lo sostienen Sanz Fernández (210) y Díaz - Alabart (211).

En contra Castán Vázquez y García Cantero - -- (212).

3.- Alteraciones que pueden y ^{no/}que pueden ser - efectuadas.

La permisión legal de modificar el régimen económico matrimonial mediante el otorgamiento de capitulaciones lleva al problema de si los cónyuges son capaces para otorgar estas capitulaciones con amplia libertad, o si su capacidad está restringida por unos u otros límites.

Es evidente que los cónyuges están sujetos al querer otorgar capitulaciones durante su matrimonio a las mismas restricciones que existen para las capitulaciones a otorgar antes de casarse: no estipular nada contra las leyes, o las buenas cos

tumbres ni a los fines del matrimonio.

Ya antes, al tratar en este trabajo de las Restricciones a la capacidad que nacen de la voluntad de los contrayentes manifestada en capitulaciones matrimoniales, hemos visto algunas de estas restricciones que he considerado de más interes para los fines de esta exposición. Cuanto se ha dicho allí puede aplicarse a estas capitulaciones que se pretendan celebrar despues de casados.

Por muy conocido no se trató allí del límite legal, de la prohibición de someterse a alguna de -- las legislaciones forales; próhibición que recordamos aquí para aclarar que tampoco después de casados podrán los cónyuges efectuar tal sometimiento. La doctrina entiende que igual prohibición debe entenderse para el supuesto sometimiento a una legislación extranjera (213).

A juicio de Sanz Fernández se debía haberse -- aprovechado la reciente reforma para suprimir la -- prohibición del art. 1.317 (214).

Además de ese grupo de restricciones, se hace -- necesario tener en cuenta que al otorgar capitulaciones matrimoniales después de casados los cónyug-

ges encuentran otro límite, otra restricción a su capacidad que no tenían antes de casarse: la prohibición de hacerse donaciones (art. 1.334 C.c.)

Este precepto incide en una porción de casos, y por eso resulta útil hacer a la luz de ese precepto un ligero examen de las capitulaciones matrimoniales a otorgar después de casados.

Para no perdernos en la variedad de situaciones - esquematisamos la materia atendiendo a la clase de régimen que se quiera pactar.

A) Se pretende pactar el régimen de separación.

Es evidente que los cónyuges estarán hasta ese momento sujetos a un régimen de comunidad, normalmente al régimen de gananciales puesto que la comunidad absoluta es prácticamente desconocida en - - nuestro derecho común.

El pacto de separación de bienes para el futuro en sí mismo, no plantea dificultad. Es perfectamente válido, y es el que se prevé como más probable. La gran mayoría de los casados sujetos al derecho común, están sujetos al régimen supletorio de gananciales, y si quieren cambiar será para pasar al

de separación. Este cambio es el lógico en matrimonios que fracasan, para que al menos en el orden económico cada cónyuge recupere su libertad.

Pero si el pactar la separación de bienes, en sí, no plantea problemas, sí que se plantean algunas cuestiones relacionadas con ese cambio de régimen. Veamos algunas, las más importantes :

a) Liquidación y adjudicación de la masa de -- bienes ganancial, que pueda existir.

Se podría cuestionar si, pactada la separación de bienes, los cónyuges tienen capacidad para liquidar la sociedad de gananciales y adjudicarse -- los bienes resultantes de esa liquidación.

La posición negativa podría fundarse en la redacción de los artículos 1.417, no modificado y -- 1.434, que sí ha sido modificado.

Según el 1.417 la sociedad de gananciales concluye al disolverse el matrimonio o al ser declarado nulo. No se prevé que la sociedad quede disuelta y en consecuencia deban practicarse los inventarios y demás operaciones de liquidación que ordenan los siguientes artículos, nada más que -- cuando el matrimonio se disuelve o se declara nu-

lo ; no cuando sigue vigente el matrimonio. Si el legislador, pudiendo modificar la redacción del artículo 1.417 no lo hizo, es porque quiso que la liquidación de los gananciales no se practicara al pactarse la separación de bienes. Argumento que se enlazaría con la redacción del artículo 1.434, según el cual, ya reformado, dice que la sociedad de gananciales queda disuelta cuando se acuerde la separación de bienes "por cualquiera de las causas previstas en el artículo anterior", que son todas legales y ninguna ^{es/} el mútuo acuerdo.

Esta ^{es/} la opinión de Sanz Fernández. De los arts. 1.417, 1.433, 1.394, y 1.320 deduce que "la separación de bienes convenida durante el matrimonio no produce por sí la disolución de la sociedad de gananciales ; en este sentido es terminante el art. 1.417". Y más adelante añade que "una cosa es que el solo hecho de convenir para el futuro el régimen de separación sea causa de disolución de la sociedad de gananciales por sí solo, de forma que celebrado el convenio pudiera cualquiera de los cónyuges exigir la liquidación en los mismos términos de los artículos 1.418 y siguientes-

y 1.434 del Código civil.

Otra distinta es que los cónyuges de común acuerdo y haciendo uso del derecho que les conceden diversos preceptos del Código civil, tal como han sido redactados por la reforma, especialmente el art. 1.320, modifiquen el régimen económico matrimonial de gananciales en el sentido de convertirle en régimen de separación, no sólo respecto de los bienes futuros, sino también respecto de los ya existentes, para lo cual será preciso disolver y liquidar la sociedad conyugal existente.

Lo primero es evidentemente inadmisibile por las razones antes expuestas.

En cambio, la posibilidad de disolver la sociedad de gananciales al pactar para el futuro el régimen de separación, no parece encontrar ningún obstáculo insuperable."(215)

Los argumentos no convencen. Los artículos citados señalan varios casos en que se disuelve la sociedad de gananciales pero nada autoriza a entender que son una enumeración cerrada, exhaustiva. Puede haber otras causas. El mútuo acuerdo no figura en el artículo 1.417 porque cuando se redactó no cabía

la separación pactada. El 1.434 no tiene por qué - nombrarla puesto que está dentro de la materia de la separación judicial, y el verbo acordar que emplea no es equivalente a convenir, sino a decretar por el Juez.

Y si en los casos de separación judicial se hace preciso liquidar la sociedad de gananciales previa hasta ese momento, por igual razón al pactar la separación de bienes, se pone punto final a la sociedad de gananciales y debe practicarse la liquidación y adjudicación de los bienes que en ella existan.

Los cónyuges, pues, tienen capacidad para practicar la liquidación de su sociedad conyugal hasta ese momento en que se pacta la separación, y efectuar el inventario y las operaciones de devolución de bienes propios y reparto de las ganancias .

No solamente tienen capacidad, sino que parece que deben efectuar esa liquidación y adjudicación.

Claro es que nada obliga a que en el mismo momento en que se pacte la separación se practique la liquidación. Puede hacerse algún tiempo después, y hasta se diría que es lo lógico, puesto que la -

tarea de efectuar el inventario y valoración de los bienes puede ser larga ; puede haber valores cotizables en Bolsa que obliguen a esperar al menos al día siguiente para conocer oficialmente la cotización y efectuar las operaciones aritméticas precisas para concretar valores efectivos ; puede haber negocios cuyo valor a un día determinado sólo pueda obtenerse tras un balance del negocio hecho a ese día, lo cual significa conocer sus resultados varias fechas después; pueden surgir dificultades en cuanto al acuerdo de reparto y adjudicación ; etc..

Pero el que se demore por algún tiempo, la liquidación no quiere decir que pueda pactarse la no liquidación, en el sentido de que esa masa de bienes siga con su carácter de gananciales, sujeta por eso al régimen de los gananciales. Esto no parece posible.

En contra Sanz Fernández "es evidente que los cónyuges pueden mantenerla (la sociedad de gananciales) coexistiendo con el futuro régimen de separación". Pero como advierte "la situación que se plantea en este caso es bastante complicada, en términos que hacen pensar en la conveniencia de mantener como norma la de disolución de la sociedad de gananciales".

ciales preexistente". (216)

Mientras la masa de bienes no se liquida, ha surgido una comunidad en cuanto esa masa de bienes, de la que son titulares el marido y la mujer. Es una masa de bienes que tiene semejanza con la masa de bienes de una herencia. Al igual que ésta no es una comunidad en la que las cuotas recaigan directamente sobre cada una de las cosas concretas que existan; sino que recaen sobre el conjunto o masa, y al igual que en la herencia, no parece que ninguno de los dos cónyuges pueda transferir la teórica mitad indivisa que se podría entender le correspondía sobre una cosa concreta, porque no tiene una mitad indivisa sobre cada cosa, sino una mitad del valor total de la masa conjunta, líquida, o sea, después de las correspondientes bajas.

Esa masa de bienes procedente de la época ganancial, pertenece a los dos cónyuges, sin atribución de cuotas en cada cosa concreta. Pero ya no existe la sociedad de gananciales, y por lo tanto el gobierno, administración y disposición de esos bienes no son los que nuestro Código establece para la sociedad de gananciales. Hará falta unanimidad para -

los actos en los que la Ley exija unanimidad en las comunidades, como hace falta unanimidad para disponer de los bienes aislados de una herencia, en tanto permanece sin liquidar y adjudicar. En consecuencia, para la disposición o enajenación de esos bienes, hace falta el consentimiento de ambos cónyuges, incluso cuando se trate de valores u otros bienes muebles, pues las facultades del marido para disponer de bienes muebles gananciales han cesado, al cesar la existencia de la sociedad de gananciales.

Téngase en cuenta que esa masa de bienes puede seguir produciendo frutos ; pueden darse en ella casos de subrogación real (amortización de títulos, expropiaciones, etc..) Todos esos nuevos bienes tienen igual titularidad y régimen. Pertenecen a los dos cónyuges, pero ninguno tiene facultades dispositivas sobre ellos, en concreto.

Más dudosa es la cuestión relativa a los actos de administración. Aquí no cabe aplicar la solución de que la mayoría decida, como en otros casos de comunidad, art. 398 C.c. pues no hay posibilidad material ; los dos cónyuges tienen igual cuota, ninguno tiene mayoría. Se habrá de seguir el mismo sistema-

de la unanimidad. Y si no se consigue debe ser apli cable el párrafo 3º del artículo 398 del Código, y acudir al Juez para que provea lo que corresponda ; si no ha habido unanimidad tampoco ha habido mayo-- ría, con lo que es aplicable ese artículo en su párrafo tercero ("si no resu--ltare mayoría...").

En resumen : los cónyuges pueden practicar la li quidación y adjudicación de los bienes de la socie dad conyugal existente hasta el momento de la separa ción, y deben practicar esa liquidación y adjudica ción. Entre tanto esos bienes no se rigen por las - reglas de la sociedad de gananciales que ya no exis te ; se ha convertido en una comunidad sobre el con junto de la masa de bienes pendiente de liquidación, sin atribución de cuotas sobre los bienes concretos que integran esa masa, masa o comunidad que se rige por el principio de la unanimidad.

b) Renuncia a la sociedad de gananciales.

En la situación apuntada, de que los cónyuges -- pueden y deben practicar la liquidación de la socie dad de gananciales hasta entonces existente, se -- plantean algunas dudas, y la primera es si cabe la-

renuncia que a la sociedad de gananciales pueda -
querer hacer uno de los cónyuges.

No es del caso el examen de esta figura de la -
renuncia a la sociedad de gananciales, con los nu -
merosos problemas que encierra, y menos aún el es -
tudio de la renuncia en sí misma. Las dificulta--
des de ambas figuras inciden en esta renuncia a -
efectuar después de pactada la separación de bie -
nes, y aún se añade la que provoca la prohibición
de donaciones entre cónyuges (1.334 C.c.). Por -
eso, me atrevo a hacer unas brevísimas indicacio -
nes, totalmente provisionales.

En principio hay que entender posible esa re--
nuncia. De un modo directo parece permitida al am -
paro de los artículos 1.418 y 1.394 del Código.

Según el 1.418 no procede el inventario para -
la liquidación de los gananciales "cuando disuelta
la sociedad, haya renunciado a sus efectos y con -
secuencias en tiempo hábil uno de los cónyuges o -
sus causahabientes". Y según el 1.394 "la renun--
cia a esta sociedad no puede hacerse durante el -
matrimonio sino en caso de separación judicial".-
Y sigue diciendo : "Cuando la renuncia tuviere lu

gar por causa de separación, o después de disuelto o anulado el matrimonio, se hará constar por escritura pública, y los acreedores tendrán el derecho que se les reconoce en el artículo 1,001".

La separación convencional no figura en ninguno de los preceptos transcritos, pero podría pensarse cabe dentro de ellos. Si después de ser decretada la separación judicial cabe que un cónyuge renuncie a la sociedad de gananciales, también debe admitirse después de producida esa separación de bienes -- por causa de convenio, por celebrar las capitulaciones matrimoniales que permite la reforma de -- 1975.

El pacto de separación de bienes abre el tiempo hábil a que se refiere el artículo 1.418. Es dudoso lo que el Código quiso expresar con esa frase.-- Bien puede entenderse que se refiere al tiempo que arranca del momento de la anulación o disolución -- del matrimonio, de la separación de bienes, (judicial o pactada) o del de la disolución del matrimonio por muerte. Es decir, a un tiempo que tiene fecha de comienzo, pero no tiene fecha forzosa de -- terminación. Pero también puede entenderse que el-

Código quiso expresar que la renuncia habría de hacerse antes de haber aceptado la herencia, o los efectos de la sociedad de gananciales, no después de aceptada. Y que incluso podría ser compulsado el indeciso a que haga su declaración, como dice el artículo 1.005. Esta idea encaja en la disposición final del artículo 1.394 de reservar a los acreedores del renunciante los derechos que señala el artículo 1.001 del Código (pedir al Juez que les autorice para aceptar en nombre del renunciante). Ambos preceptos referidos a la herencia, tan ligada a la liquidación de gananciales.

De todas maneras, no se vé obstáculo a que cualquiera de los cónyuges renuncien a la sociedad de gananciales, en ese tiempo hábil que empieza al ser pactada la separación, y termina, o cuando hayan realizado actos que impliquen aceptación, o cuando formalmente la hayan aceptado, o cuando el Juez lo señale a instancia de los acreedores.

Queda ahora más que justificada la opinión antes enunciada de que los cónyuges deben practicar la liquidación de la sociedad de gananciales, una vez pactada la separación. La claridad jurídica, -

la seguridad del tráfico jurídico, lleva a esa con-
clusión ; y parece puede ser exigida por los acree-
dores.

Volviendo a la renuncia, en principio, digo, es posible conforme a los artículos 1.418 y 1.394. Pe-
ro surge el obstáculo de la prohibición de donaciones entre cónyuges.

En los casos normales de liquidación de gananciales, por muerte de un cónyuge, no hay ese obstáculo a la renuncia que en ocasiones se hace por el cónyuge sobreviviente o por los herederos del premuerto. Ya no hay cónyuges, ya no hay matrimonio, no hay por tanto prohibición de donación, y es válida esa renuncia aunque implique un beneficio económico para la otra parte o cónyuge.

En el caso que nos ocupa no se puede por menos de considerar que tal renuncia implica una donación en favor del cónyuge no renunciante, que en vez de recibir la mitad de los gananciales recibirá la totalidad.

Frente a esa consideración se alza la de la renuncia, en sí misma, no es donación. En especial la renuncia llamada abdicativa, por la que se re--

chaza la entrada en el patrimonio de algo. Precisamente por considerarlo así el artículo 1.394 dá a los acreedores el derecho que establece el artículo 1.001 citado. Si fuera en sí misma una donación, no había por qué dar a los acreedores la defensa del artículo 1.001 ; les bastaría la acción pauliana del 1.291 en relación con el 1.297 del Código. Y es evidente que en ocasiones el cónyuge renunciante lo que quiera mediante la renuncia es liberarse de un estado económico complejo, lleno de deudas.-- La renuncia no sería una enajenación, ni un regalo al otro cónyuge, sino una medida de seguridad para dejar a salvo el patrimonio propio.

Con las consideraciones hechas la conclusión es la de que la renuncia a los gananciales, hecha después de pactada la separación de bienes, es en -- principio posible ; y que en cada caso habrá que -- examinar su causa o las circunstancias concurrentes para pronunciarse sobre su licitud, o sobre -- que contenga una donación al otro cónyuge.

c) Las adjudicaciones a efectuar.

Por consecuencia de la liquidación de la sociedad conyugal/surgen las adjudicaciones que a cada cónyuge se efectuen. También aquí los cónyuges se encuentran con restricciones a su capacidad, mejor diríamos a su libertad de actuación. Porque en las adjudicaciones de bienes concretos es preciso seguir teniendo en cuenta la vigencia del artículo 1.334 del Código.

Aparentemente no luce esta prohibición, pero puede darse la donación por el mecanismo de las valoraciones de los bienes que se adjudican a cada uno de los cónyuges. Es necesario que los cónyuges valoren los bienes con objetividad, con unos mismos criterios para los bienes de igual clase; y que se repartan, las ganancias, por mitad. Una valoración incorrecta quizá no sea apreciable a primera vista, y no pueda dar lugar a que los funcionarios que intervengan en los documentos de liquidación y partición se nieguen a autorizar esos documentos o a inscribirlos en los Registros. Pero puede ser objeto de impugnación por simulación-relativa y fraude de ley.

Creo que, además, a esta liquidación y división hecha convencionalmente le son aplicables -- los preceptos sobre rescisión de la partición -- que dá el Código en sus artículos 1073 y siguientes, porque la sociedad de gananciales se rige -- por las reglas del contrato de sociedad en todo -- aquello que no se oponga a lo que expresamente -- determina el capítulo de gananciales (art. 1.395 C.c.); y el contrato de sociedad, en materia de -- partición entre socios, se rige por las reglas -- de la de las herencias (art. 1.708 C.c.).

Cabe el comentario marginal de si se pacta un régimen de separación después del de gananciales, será porque el matrimonio no está en buena armonía y entonces no se harán donaciones entre sí.

B) Se pretende pactar un régimen de comunidad relativa, especialmente de gananciales.

Teóricamente los cónyuges que tal pretenden -- habrán estado hasta entonces, o bien en régimen -- de comunidad absoluta, o bien en régimen de sepa -- ración, previamente pactado, o por aplicación -- del art. 50 del C.c. Si bien para este caso ha --

de tenerse en cuenta lo dicho sobre la posibilidad de modificación de ese régimen de separación impuesta.

No se aprecian especiales dificultades para este cambio. En el caso de comunidad absoluta -- previa, deberán hacer el inventario de los bienes que tienen hasta el momento, con la liquidación de esa comunidad. La comunidad nueva solamente se refiere a las ganancias que se obtengan en lo sucesivo.

En el caso de que el régimen previo sea el de separación, aunque sea conveniente no es necesario el inventario. La propiedad de los bienes resultará de la titulación correspondiente. Así -- opina Sanz Fernández que añade : "No obstante será conveniente la determinación de dichos bienes, especialmente aquellos que por no ser inmuebles carezcan de un título claro y terminante de adquisición y de una referencia registral incuestionable" (217).

Si la separación anterior fuera de origen judicial, el art. 1.439 del Código Civil ordena la necesidad de otorgar capitulaciones matrimonia--

les para volver a pasar al régimen de gananciales. La posibilidad de éstos capítulos durante el matrimonio aplicada en este artículo significa una gran mejoría pues aclara la clase de régimen económico-matrimonial en cada momento. No ocurría así en el Derecho anterior a la reforma. Según el viejo texto del art. 1.439 la reconciliación de los cónyuges daba lugar a que los bienes del matrimonio volvieran a regirse por las mismas reglas que antes -- de la separación, y aunque el mismo artículo ordenaba hacer escritura pública para hacer constar -- los bienes que nuevamente aporten, "al tiempo de reunirse", no había una escritura pública que fuera constitutiva del cambio de régimen, sino que éste se producía por la sola reconciliación.

C) Se pretende pactar un régimen de comunidad absoluta.

La posibilidad de este pacto ofrece una seria -- dificultad : la de estar prohibidas las donaciones entre cónyuges. Si esta prohibición, en los casos anteriores, hacía surgir su influencia en materia de liquidación, pero no a la hora de pactar el nue

vo régimen, en cambio si lo que se quiere pactar es el régimen de comunidad absoluta, la prohibición del artículo 1.334 del C.c. desarrolla su eficacia en el mismo pacto.

La razón es clara : el pacto de comunidad absoluta implica la comunicación de todos los bienes presentes de ambos cónyuges, además de hacerse comunes también los bienes futuros. Esa comunicación hace pasar bienes del patrimonio de un cónyuge al del otro, a título gratuito. Tenemos la donación prohibida.

Conceptualmente es evidente que el pacto de puesta en común no es una donación; como tampoco es un contrato de sociedad universal (técnicamente son muchas las diferencias entre sociedad y comunidad: personalidad, reglas de administración, de representación, de disolución, etc.,) - No se puede, pues, rechazar sin más las capitulaciones otorgadas entre los ya casados, por las que se establezca el régimen de comunidad absoluta. Pero, así como nada se opone a que tal régimen se pacte antes de celebrar el matrimonio, en cambio a adoptar ese mismo régimen después de ca

sados se opone la posible existencia de bienes en alguno de los cónyuges, o en los dos. Si nada tienen, nada comunican de presente, y el pacto es lícito. Pero si tienen algún bien, la comunicación de ese bien parece que constituye donación y hace imposible el pacto.

D) Se pretende pactar varios regímenes.

Dentro de este enunciado a su vez, las posibilidades son muchas, pero podemos intentar reducir su examen a tres apartados.

a) Se pretende pactar que rijan dos regímenes - diferentes a la vez.

Es muy dudoso. Ya hemos hecho algunas indicaciones y expresado que al pactar el régimen de separación de bienes no parece sea posible dejar subsistente el régimen de gananciales previo, que se suponía por hipótesis existente.

Además de la razón expuesta en otro punto de este trabajo (la confusión que produce la coexistencia de dos regímenes y el peligro que supone para el tráfico jurídico), expone Garrido que son tam--

bien razones las siguientes.

"- esterilización práctica de la S.G.: difícilmente podría considerarse como un auténtico R.E.- M. la masa de bienes gananciales privada de sus posibilidades de incremento al eliminarse las - - fuentes del art. 1.401 y concordantes del C. Civil (idea expuesta también por FOSAR).

- Dificultades de armonización de los dos R.E.: así por ejemplo del art. 1.401 con el de R. de S. B.; o la presunción del 1.407 con la regla de la - atribución separada a cada cónyuge de los bienes - que adquiriera, que es consustancial -ha expuesto -- SANZ FERNANDEZ- con el R. de separación.

- Peligro de donaciones entre cónyuges y de perjuicio e incluso fraude para terceros : debido a - las combinaciones que cabría realizar, se apunta - el peligro real de estos actos y negocios prohibidos por la Ley" (218).

No obstante cree Garrido posible la coexistencia de dos regímenes, concretamente el de gananciales y el de separación, y en tal caso la situación será a su juicio la siguiente :

"los bienes comunes seguirán siéndolo, lo serán-

también sus subrogados y a nuestro juicio también lo serán los frutos de los bienes comunes, puesto que en este importante aspecto debe de seguir -- aplicándose el núm. 3, del art. 1.401, por lo que la fuente de ganancialidad no queda totalmente se ca a nuestro entender. La regulación del Código -- por tanto en este como en otros aspectos (administración y disposición fundamentalmente) no se -- trunca.

Es claro que la presunción de ganancialidad -- del art. 1.407 ha perdido su razón de ser una vez pactada la S.B. "respecto a los bienes futuros".-- Es más, aunque los cónyuges adquiriesen algún -- bien en común, se trataría de una comunidad de ti po romano, de un proindiviso por cuotas, puesto -- que la S.G. quedó cortada, para aplicarse exclusivamente a los bienes comunes "que tenemos en el -- momento presente". Es conveniente de todos modos -- el pacto previsor expreso en el sentido expuesto -- para evitar confusiones" (219).

En la duda sobre la cuestión solamente, me -- atrevo a apuntar que la idea latente en el Código Civil es la de que el matrimonio esté sujeto a un

solo régimen económico que es la que aflora en la nueva redacción del art. 1.320, que emplea el singular y no el plural; "el régimen económico, convencional o legal del matrimonio".

b) Se pretende pactar varios regímenes a plazo o bajo condición.

Este supuesto es totalmente diferente. Nada se opone en principio a que los cónyuges pacten varios regímenes que vayan entrando en vigor sucesivamente en fechas diferentes, señaladas por sus conveniencias; o que entren en vigor según ocurran o no determinados eventos, por ejemplo pactar separación de bienes que durará hasta que tengan hijos, en cuyo caso el régimen pasará a ser de comunidad de ganancias.

En estos casos no se dá simultaneidad ni confusión de facultades en orden al gobierno de los bienes. No existen esos obstáculos. Pero siempre queda el problema de la claridad y la publicidad. Esta última vendrá ya dada por las primeras capitulaciones si el cambio se ha conectado a una fecha fija; no si el cambio se ha conectado a un --

hecho futuro e incierto, como la sobrevenencia de hijos. La claridad parece que exigiría un inventario de bienes y una liquidación, al menos en los supuestos en que el paso sea de régimen ganancial al régimen de separación.

Además si el cambio es para pasar automáticamente a un régimen de comunidad absoluta también es de tener en cuenta la dificultad ya apuntada que supondría la posible existencia de bienes en el momento del cambio, combinada con la regla de la prohibición de donaciones entre cónyuges.

c) Los varios pactos sucesivos.

Cabe por último pensar en que los cónyuges pacten un nuevo régimen, por ejemplo pasen de gananciales al de separación, y algún tiempo después, sin que existan topes de tiempo ni mínimos ni máximos, vuelvan a pactar y retornen a regirse por el sistema de gananciales.

Nada se opone a estos cambios, en principio. El Código no ha limitado el número de veces en que se puede otorgar capitulaciones matrimoniales ni el plazo mínimo en el que hayan de permanecer en un

mismo régimen.

Para estos pactos sucesivos hay que tener en cuenta lo que va dicho de necesidad de liquidar cada etapa; de no poder pasar a régimen de comunidad absoluta, si hubiere bienes; de no efectuar donaciones, ni expresas ni encubiertas; etc... Y una consideración más : la de que mediante estos pactos sucesivos no se infrinja algún precepto legal, persiguiendo un resultado prohibido. Por ejemplo, pactar separación de bienes, efectuar entonces una compra a nombre de la mujer, que aparecerá como privativa suya y no ganancial; y después volver a pactar el régimen de gananciales. Habrá fraude de ley con todas sus consecuencias.

E) Otros posibles pactos.

Ya es sabido la flexibilidad de contenido que tienen capitulaciones matrimoniales, y la opinión común de que en ellas pueden acogerse normas sobre familia y sucesiones.

En las capitulaciones matrimoniales a otorgar -- después de casados, estos pactos, en general pueden tener también cabida. Su licitud o ilicitud ha

brá de ser medida con los criterios generales.

Si hemos hecho este apartado, sin embargo, ha sido para resaltar la posibilidad de que en estas capitulaciones de después de casados se incluyan los pactos previstos en los artículos 826, 827 y 831 del Código civil, y la posibilidad de que, habiendo sido incluídos esos mismos pactos en capitulaciones celebradas antes de casarse, ahora, en las que celebren después, se revoquen.

La posibilidad de que se incluyan en las capitulaciones otorgadas después de casados los pactos sucesorios que permiten dichos artículos, es evidente. Y tal vez ahora, después de la reforma de 1975, vayan cobrando frecuencia tales pactos, pues hasta ahora en la práctica apenas si se utilizaban. Ahora, al menos, es más fácil que se practiquen, pues una vez casados, vista la marcha de la familia, se puede decidir con más conocimiento y reflexión sobre las mejoras y demás extremos que contemplan los artículos antes citados, en especial la concesión al viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias de la facultad de distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejo--

rar en ellos a los hijos comunes, en las condiciones que señala el artículo 831.

Así lo entiende también Sans Uranga : "La posibilidad de pactar durante el matrimonio, y la de-
incluir entre los pactos el que permite el art. -
831, interesan mucho a todos los españoles y me -
atrevo a pronosticar un brillante y agitado porve
nir a ese hasta ahora casi olvidado precepto." --
(220).

La posibilidad de que se revoquen tales pactos
es también evidente. Hasta ahora se consideraban-
esos pactos irrevocables, o mejor invariables, --
por estar hechos en capitulaciones matrimoniales-
y ser éstas inmutables una vez celebrado el matri-
monio.⁽²²¹⁾/Al ser posible hoy modificar las capita-
laciones ya otorgadas, es evidente que los cónyuges
en nuevas capitulaciones podrán, de común acuerdo
dejar sin efecto los pactos que venimos conside--
rando. Por supuesto me estoy refiriendo a pactos-
que hayan sido celebrados solamente entre los con
trayentes. Los celebrados con terceras personas -
requerirán el consentimiento de estas terceras --
personas, lo mismo que en los contratos entrevi--

vos en general. (1.256 C.c.)

4.- Efectos de los pactos no permitidos.

Los pactos no permitidos son nulos. Lo declara así el párrafo segundo del artículo 1.316 del Código, que no ha sufrido variación en este segundo párrafo. Después de decir en el párrafo primero que los otorgantes no podrán estipular nada que fuere contrario a las leyes o a las buenas costumbres, - ni a los fines del matrimonio en el segundo párrafo expresa: "Toda estipulación que no se ajuste a lo preceptuado en este artículo se tendrá por nula".

El Código limita la nulidad al pacto concreto - que resulte incluido en alguna de las categorías - rechazadas. Deja abierta la validez a lo demás que no sea el pacto en cuestión. Claro es que, en ocasiones, la nulidad del pacto será la nulidad de todo el contrato de capitulaciones, por no contener nada más que el pacto de sujetarse a un sistema -- prohibido. Pero cabe la posibilidad de que las capitulaciones contengan otros convenios o declaraciones de voluntad, por ejemplo relación de bienes

aportados por cada cónyuge y tales declaraciones de voluntad quedarán firmes. Así lo entiende Castán. (222).

La cuestión no será en ocasiones sencilla, -- bien por la dificultad de determinar si una cláusula es o no contraria a la ley, a las buenas costumbres o a los fines del matrimonio; o bien por la falta de datos para juzgar el negocio jurídico por ejemplo pacto de pasar a régimen de comunidad absoluta sin especificación de que los cónyuges -- tienen o no bienes presentes que se comuniquen.

En el grupo primero de casos, indudablemente se trata de las dificultades que tiene siempre la -- aplicación del Derecho. En el ejemplo que acabo -- de indicar en segundo lugar es de suponer que la necesidad de escritura pública (1.321 C.c.) evite muchas nulidades, puesto que el Notario procurará aclarar todos los extremos necesarios antes de autorizar el documento.

En todo caso, la regla es la de mantener las -- capitulaciones y todo lo convenido salvo en los -- extremos que hemos visto están claramente prohibidos.

10.- Otras supuestas restricciones comunes.

Hemos examinado en los números anteriores las - restricciones que a la capacidad de obrar de ambos cónyuges se producen como efecto del matrimonio.- Junto a esas restricciones se citan por los profesores Díez Picazo y Gullón (223) otras dos que enseguida vamos a ver en este número bajo las letras a) y b).

Pero es importante aclarar que como los mismos Díez Picazo y Gullón expresan claramente estas restricciones no son debidas al hecho del matrimonio- (por eso me he permitido calificarlas de "supuestas") sino que se deben fundamentalmente "a exigencias derivadas de la comunidad familiar que se ha creado" por el matrimonio (224).

Así tenemos que

a) "Ninguno de los cónyuges puede llevar una -- conducta respecto a la gestión de su patrimonio -- que merezca el calificativo de pródigo pues es causa para que el otro solicite su incapacidad por -- prodigalidad (arts. 221 y 222)" (225). No vamos a -- estudiar aquí lo que es la prodigalidad. Según - --

Díez Picazo "la prodigalidad es un comportamiento objetivamente irregular y socialmente condenable de una persona que pone en injustificado peligro su patrimonio y con ello las expectativas de los legitimarios" (226).

Se va, pues, a incapacitar a una persona que está en su sano juicio solo por el modo como trata a sus bienes. Aunque existe el límite de que solo se podrá pedir esta clase de incapacidad, -- cuando haya herederos forzosos o cónyuge, (por -- ello no podrá incapacitarse a una persona como -- pródiga si no tiene cónyuge ni herederos forzosos) y solo podrá ser pedida, según el art. 222 por -- estos mismos, con la única excepción de que tam-- bién lo podrá solicitar el Ministerio Fiscal cuando estas personas sean menores o incapaces.

Nos encontramos, pues, aquí, ante una restricción nacida de la Ley, por la que un cónyuge, tanto varón como hembra ve limitada su capacidad de disponer libremente de sus bienes; pero limita--- ción nacida no del hecho del matrimonio, sino del hecho de que la persona a la que se va a incapacitar es pródiga unido a la existencia de expectati

vas hereditarias de una serie de personas. Porque si bien es verdad que el cónyuge goza de esta situación en razón del matrimonio los hijos gozan - de esta facultad por razón de la filiación y sin embargo pueden solicitar la incapacidad por prodigalidad en razón de sus derechos hereditarios.

Hay que tener presente que se podrá solicitar la incapacidad por prodigalidad no solo porque se lesionen las futuras expectativas sucesorias, sino por algo mucho más realista y práctico, para impedir que el pródigo deje de cumplir los deberes que tiene con respecto a su cónyuge o herederos forzosos, deberes presentes como alimentos, - educación, etc..

Según el nuevo art. 225 parr. II "El cónyuge - del declarado pródigo administrará los bienes gananciales, los de los hijos comunes y aquellos cuya administración se le hubiere conferido en capitulaciones. Para enajenarlos necesitará autorización judicial."

Ha variado la norma respecto del antiguo art.- 225. Antes a tenor de este art. parecía que "solo podía ser pródigo el marido, y no se mencionaba -

el hecho de que fuese la pródiga la esposa, quizá porque ésta no solía ostentar nunca la administración de los bienes gananciales, y por lo tanto no podía derrocharlos (en principio), y quizá también porque la administración de sus bienes propios, esto es de parafernales, lo solía realizar también el marido, pero sobre todo porque carecía de autonomía para disponer de sus bienes privativos en cuanto que para enajenarlos necesitaba licencia marital (art. 1.387) que servía de frente a la disipación del patrimonio.

Negaba que se pudiera declarar la prodigalidad de la mujer, Sanz Fernández, que decía " el Código civil en su redacción anterior únicamente se ocupaba de la declaración de prodigalidad del marido, especialmente para determinar sus efectos respecto de los bienes del matrimonio" (227).

Sin embargo parecía más segura la opinión contraria, que con claridad nos expone Castán :

En cuanto a la posibilidad de que sea incapaz

citada, por razón de prodigalidad, la mujer casada, aunque haya sido negada por algunos expositores, está reconocida por la Sentencia de 25 de marzo de 1942 a cuyo tenor, si bien, normalmente, la asistencia marital servirá de freno adecuado a las inclinaciones dilapidadoras de la mujer casada, no cabe descartar la posibilidad de que por la situación en que se desenvuelva la vida patrimonial en relación con la esfera de facultades administrativas que a aquélla pertenezcan, y aún por las singularidades del caso, resulte insuficiente la licencia marital para evitar el daño que esa tendencia a la disipación pueda llevar consigo y salvaguardar, por ende, los intereses de los herederos forzosos". (228)

También hay que tener en cuenta que si bien el art. 225 C.c. parecía presuponer que el pródigo sólo podía ser el marido, el art. 222 C.c. decía y dice "sólo pueden pedir la declaración... el cónyuge".. con lo que admitía que la pródiga fuera la mujer.

Como hoy día las cosas van cambiando, y ya es más normal que la mujer no solo administre ella misma sus bienes propios, sino que se le enco----

mienda en determinados casos la administración de los comunes, pero sobre todo porque ha adquirido independencia para disponer de sus bienes parafernales sin necesidad de licencia ya que ha sido suprimida, ha sido necesario modificar el art. 225, y que su letra se refiera tanto a la prodigalidad proveniente del marido como la de la mujer.

En este sentido dice Sanz Fernández : "En la actualidad el art. 225 habla de 'cónyuge del declarado pródigo' con lo cual se refiere indistintamente al marido o a la mujer. La solución es lógica no solo por el sistema de igualdad de sexos seguido por la reforma, sino además por la consideración de que al suprimirse la licencia marital y entregarse plenamente a la mujer la administración y disposición de sus bienes parafernales, cabe perfectamente la prodigalidad en ella. Esto aparte de que la mujer puede tener la administración de los bienes gananciales, como después se verá, y entonces la posibilidad de su prodigalidad es evidente" (229).

Bien es verdad que el legislador, en su ánimo de sustituir la palabra 'mujer', por la de 'cónyu-

ge' o 'persona casada' parece había cometido -- aquí un lapsus que critica parte de la doctrina.-- Y así dice Pérez Sanz : "Interpretando literalmente el precepto (se refiere al 225 II) resultará -- que en casos de prodigalidad del cónyuge administrador queda alterado el régimen normal de disposición de los bienes gananciales, que resulta del art. 1.413 C.c. aplicable directamente al marido-- y por remisión del art. 1.444 C.c. a la mujer, -- exigiéndose para todo acto de enajenación la licencia judicial. No parece sea esa la interpretación correcta, que alteraría el esquema legal para este caso de prodigalidad, sin razón que lo -- justificase. Por ello hay que entender que no obstante la letra del art. 225 la licencia judicial ha de limitarse a los actos de disposición de bienes inmuebles y establecimientos mercantiles" -- (230).

En igual sentido Sanz Fernández dice que "Como sería absurdo que la declaración de prodigalidad----- de la mujer pueda tener repercusión en las facultades del marido como administrador de los -- bienes gananciales, es preciso estimar que en ese

último inciso del art. 225 hay una mera inadvertencia, como efectivamente la ha habido, y que - la doctrina aplicable será la siguiente : a) El marido conserva las mismas facultades que tenía, como administrador de los bienes gananciales, pero no por consecuencia del art. 225, sino porque ya las tenía en virtud de los arts. 59 y 1.412, - los cuales no pueden ser afectados por una declaración de prodigalidad ajena al propio marido y, en todo caso, serán de aplicación preferente por referirse al caso específico de administración de los bienes gananciales; b) Entre estas facultades tendrá las de enajenar y obligar a título oneroso por aplicación del art. 1.413, no del art. - 225; c) Como consecuencia en la contradicción - - existente entre ambos preceptos debe prevalecer - el 1.413 y entonces habrá de interpretarse de conformidad con el 225 que, el consentimiento que necesita el marido para actos de disposición sobre bienes inmuebles y establecimientos mercantiles-- únicamente sobre estos bienes- no podrá prestarse por la mujer, que carecerá de capacidad para ello y deberá ser sustituido por la autorización judi-

cial.

El único alcance que puede darse, pues, al - - art. 225 en su inciso final es que en los casos - normales en que el administrador de los bienes gananciales es el marido, si la mujer es incapacitada por prodigalidad, necesitará aquél autorización judicial para la disposición de bienes inmuebles o - establecimientos mercantiles por incapacidad de la mujer. Como esta doctrina hubiera derivado también del propio art. 1.413 es una prueba más de la inutilidad del inciso que se comenta" (231).

b) Se señala como restricción la de que "ninguno de los cónyuges puede disponer por donación en cuantía que perjudique la legítima del otro cónyuge, es decir la parte de herencia que le asigne la Ley por su cualidad de heredero forzoso (arts. 654, 655, 806 y 807), ni disponer en testamento sin tener en cuenta aquélla limitación". Así lo dicen Díez Pícazo y Gullón (232).

Esto es cierto. Pero conviene hacer unas indicaciones sobre la dificultad de su aplicación en el - acto de efectuar el otorgamiento que supuestamente está restringido.

En efecto. Conforme al Código civil, no se -- puede dar por vía de donación más de lo que se pueda dar por testamento; y en lo que exceda de esa medida, la donación es inoficiosa (art. 636). Para hacer ese cálculo hay que atender al valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte (art. 654), y también a los herederos forzosos que en ese momento existan, pues según existan o no, y según cuales sean, se producirá una mayor o menor porción de herencia de libre disposición. No es lo mismo que el donante tenga hijos legítimos, o solamente ascendientes, o ni lo uno ni lo otro, etc.. Así pues la supuesta -- restricción está en funciones de dos hechos futuros, la cuantía de los bienes al morir, y quienes y cuantos sean los herederos forzosos también en ese momento. Ante la imposibilidad de conocer el futuro, no se puede adoptar otra posición que la de admitir que puede otorgarse la donación y que esta es válida, cualquiera que sea su cuantía. No hay pues restricción directa de capacidad. El cónyuge puede hacer la donación. -- Lo que hay es la posibilidad de que sea reducida

por inoficiosa, si se producen las circunstan--
cias de hecho apuntadas, en entidad bastante pa--
ra producir el resultado de que la donación re--
sulte inoficiosa.

En la afirmación de Díez Picazo, antes trans--
crita, se alude también a la imposibilidad de --
disponer por testamento sin tener en cuenta " --
"aquella limitación". Parece que se refiere a la
legítima del otro cónyuge.

Esta afirmación, siendo también cierta, resul--
ta igualmente de difícil aplicación a la hora --
de otorgar el testamento. Todo testador tiene co--
mo única limitación a su libertad de testar la --
existencia de la legítima, combinada con la figu--
ra jurídica de la preterición. El testador no --
puede ocultar maliciosamente la existencia del --
cónyuge o de otros legitimarios, porque tendríam--
os un testamento con vicio de falsedad en docu--
mento público, que acarrearía la nulidad. Decla--
rando con verdad su situación familiar, si lo --
otorga ante Notario, parece difícil concebir que
se otorgue contraviniendo la legítima de los --
otros herederos forzosos que no sean el cónyuge,

porque el Notario no lo autorizará; la preteri---
ción de los herederos forzosos en línea recta anu-
la la institución de herederos (art. 814 C.c.). -
Pero es perfectamente posible si pensamos en un -
testamento ológrafo o cerrado. Y en cuanto al - -
abierto ante Notario, cabe sea otorgado sin hacer
la reserva de los derechos legitimarios del cónyu
ge viudo, ya que la preterición de éste no anula-
la institución, y solamente ocurre que el cónyu-
ge viudo si es que vive cuando se abre el testa--
mento podrá reclamar su cuota usufructuaria, si -
es que legalmente tiene derecho a ella conforme a
los arts. 834 y siguientes, cosa que puede estar-
en discusión a la hora de hacer el testamento y -
por eso no se le concedió voluntariamente.

Cabe por lo tanto que el cónyuge otorgue testa-
mento sin respetar esa supuesta limitación de que
nos habla Díez Picazo; y el testamento valdrá : -
siempre, si el preterido fué el otro cónyuge; e -
incluso también si el preterido fué un legitima--
rio en línea recta, si fallece antes que el testad
dor (art. 814 C.c.).

De lo que llevamos expresado parece deducirse-

las siguientes ideas :

- Que el fundamento de esta restricción no es directamente y únicamente del matrimonio, sino como muy bien dicen Díez Picazo y Gullón las "exigencias derivadas de la comunidad familiar que se ha creado" por el matrimonio (233).

- Que en el hecho de que se produzca o no la restricción, sino siempre, al menos en algunos casos, incluyen hechos futuros (cuantía de la fortuna, existencia de determinados herederos al morir el donante o testador). Por lo que resulta dudoso afirmar que son restricciones a la capacidad de obrar. En muchos casos el acto en sí será válido; solamente se verán reducidos sus efectos. Por eso quizá más que hablar de restricciones a la capacidad de obrar podría hablarse de reducciones en los efectos de determinados actos inicialmente válidos. Queda fuera la preterición de descendientes y ascendientes que viven al fallecer el testador pues en estos casos el acto se hace nulo (art. 814 C.c.)

Dentro de estas restricciones en los efectos de un acto jurídico válido no podemos dejar de citar - -

aquí la norma del art. 995 del Código civil, que durante tantos años se ha venido citando como -- restricción a la capacidad de obrar de la mujer.

El art. 995 del Código Civil decía antes de -- la reforma de 1.975 que la mujer casada no podía aceptar ni repudiar herencias sino con licencia de su marido, o en su defecto con aprobación judicial, y que en este último caso no respondían de las deudas hereditarias los bienes ya existentes en la sociedad conyugal.

La reforma de 1.975, siguiendo su idea de -- equiparar a los dos cónyuges ha referido al marido también lo que antes se decía para la mujer, -- y sustituido la palabra licencia por la de consentimiento, con lo que dispone ahora que "cuando la herencia sea aceptada sin beneficio de inventario, por persona casada, y no concurra el -- otro cónyuge prestando su consentimiento a la -- aceptación, no responderán de las deudas hereditarias los bienes de la sociedad conyugal".

No es del caso entrar en los varios problemas que el precepto plantea. A los fines de este -- trabajo basta con indicar que el precepto hace--

desaparecer una restricción que tenía la mujer - casada, que no podía aceptar en ningún caso sin- licencia marital, o judicial supletoria. Ahora - puede hacerlo libremente, sin consentimiento -- del marido. Y también éste puede hacerlo sin con- sentimiento de su esposa. El art. 995 solamente- exige ese consentimiento del uno al otro para -- efectos de que la responsabilidad por deudas al- cance a determinados bienes.

Tenemos pues en ese precepto una reducción o- limitación del campo patrimonial al que alcanzan los efectos de la aceptación de herencia. Pero - la aceptación en sí misma es válida y no existe- para ella, ni respecto del marido ni respecto de la mujer, restricción de capacidad.

NOTAS AL CAPITULO TERCERO

(1) BONET RAMON "Compendio de Derecho de Derecho Civil" T IV Derecho de Familia, pág. 192, Madrid - 1960.

(2) LACRUZ Y ALBALADEJO "Derecho de Familia. El Matrimonio y su economía", pág. 292. Barcelona -- 1963.

(3) LUCAS FERNANDEZ "La evolución del Derecho de Familia, respecto de las relaciones personales entre los cónyuges". Ponencia al XIII Congreso Internacional del Notariado Latino, Barcelona 1975,- pág. 455.

(4) CAMARA, "La separación de hecho y la sociedad de gananciales". Anuario de Derecho Civil 1969, Separata pág. 16 nota 18.

(5) CASTAN, "Derecho Civil español común y foral", T V, Vol. 1, pág. 188, ed. 1954.

(6) Vease CASTAN. "Derecho Civil español común y foral, T V, Vol. 1, pág. 188, ed. 1954.

(7) SANZ FERNANDEZ "La situación jurídica de la mujer casada en Derecho Civil" ; Libro-homenaje a Ramón Ma Roca Sastre ; Vol. II, 1976, págs. - 971-972.

(8) MUCIUS SACEVOLA, "Código civil comentado y concordado, T II, ed. 1946, pág. 467.

(8 bis) MUCIUS ESCAEVOLA. "Código civil comentado y concordado" T XXI, ed. 1967, pág. 190.

(9) Vease CASTAN, "Derecho Civil", T I, ed. 1949 pág. 398.

(10) CASTAN, "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 319 ed. 1976.

(11) GARRIDO PALMA, "Capitulaciones matrimoniales". Tema desarrollado en las XIV Jornadas Notariales. Boletín de Información del Colegio de Granada, 1976, pág. 89. Reproducido en la Revista de Derecho Notarial. Julio-Diciembre 1976, págs. 7 a 77.

(12) DE CASTRO. "Derecho Civil de España", T II,^o
Vol. 1, pág. 253, ed. 1952.

(13) DE CASTRO. "Derecho Civil de España", T II
Vol. 1, pág. 253, ed. 1952.

(14) GARRIDO PALMA. Ob. cit. pág. 88.

(15) PEREZ JOFRE ESTEBAN. "La evolución del Dere
cho de Familia en materia de relaciones patrimonia-
les entre cónyuges". Ponencia al XIII Congreso In--
ternacional del Notariado Latino. 1975, pág. 488 y
sgts.

(16) PEREZ SANZ. "La situación jurídica de la mu
jer casada, derechos y deberes de los cónyuges". Te
ma desarrollado en las XIV Jornadas Notariales. Bo-
letín de Información del Colegio de Granada 1976, -
pág. 37.

Reproducido en la Revista de Derecho Notarial, -
Julio-Diciembre 1976, págs. 131-244.

(17) LACRUZ. "Capítulos Matrimoniales y estipula

ción capitular". Publicaciones del Centenario de la Ley del Notariado. Sección tercera "Estudios jurídicos varios", Vol. II, 1962, pág. 136.

(18) DE BUEN. Notas a Colin y Capitant. T VI, pág. 40, ed. 1926.

(19) LUCAS FERNANDEZ. Ob. cit. págs. 450 y sig.

(20) CAMARA. "La separación de hecho y la sociedad de gananciales". Anuario de Derecho Civil, 1969, pág. 21.

(21) LACRUZ Y SANCHO REBULLIDA. "Derecho de Familia", T I, Barcelona 1974, pág. 175.

(22) DE CASTRO. Ob. cit. T II, Vol. I, pág. 253.

(23) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág.-237, ed. 1960.

(24) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág.-319, ed. 1976.

(25) LACRUZ. "El nuevo derecho civil de la mujer casada", Cuadernos Civitas 1975, Pág. 95.

(26) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1 1976, pág. 319 nota 2.

(27) GARRIDO PALMA. Ob. cit. pág. 90.

(28) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 249, ed. 1954.

(29) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. - 457, ed. 1976.

(30) LACRUZ Y ALBALADEJO. "Derecho de Familia. - El matrimonio y su economía", pág. 621, ed. 1963.

(31) PUIG BRUTAU. "Fundamentos de Derecho Civil", T IV, Vol. 1. "Derecho de Familia. El matrimonio", - pág. 810. Barcelona 1967.

(32) PUIG PEÑA. "Tratado de Derecho Civil Español". T II, Vol. 1, pág. 353, ed. 1953.

(33) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1 pág. 458, ed. 1976.

(34) LACRUZ Y ALBALADEJO. "Derecho de Familia. El matrimonio y su economía", pág. 633 y sig. ed. 1963.

(35) PUIG BRUTAU. "Fundamentos de Derecho Civil", T IV, vol. 1, pág. 813, ed. 1967.

(36) DIEZ PICAZO Y GULLON. "Sistema de Derecho Civil", Vol. 1, pág. 256, 1975.

(37) CASTAN "Derecho Civil", T V, Vol. 1, ed. - 1954, pág. 143, nota 2.

(38) Puig Peña. ob. cit. T II, Vol. 1, pág. 228.

(39) PUIG BRUTAU, ob. cit. T IV, Vol. 1, pág. - 290.

(40) LACRUZ Y ALBALADEJO. "Derecho de Familia.- El Matrimonio y su economía", pág. 169, ed. 1963.

- (41) LACRUZ Y ALBALADEJO, ob. cit. pág. 170.
- (42) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 238, ed. 1976. Igualmente T V, Vol. I, Pág. 143, Ed. 1954
- (43) LUCAS FERNANDEZ, Ob. cit. págs. 450 y 451.
- (44) LACRUZ Y ALBALADEJO, Ob. cit. pág. 168.
- (45) LACRUZ Y ALBALADEJO, ob. cit. pág. 168.
- (46) MANRESA. "Comentarios al Código Civil", T I pág. 389, ed. 1943. Igualmente en la 7ª ed. año 1956 pág. 474.
- (47) MUCIUS SCAEVOLA. "Código Civil" 5ª ed. 1946, T II, pág. 405.
- (48) MANRESA. "Comentarios al Código Civil", 7ª - ed. año 1956, T I, pág. 473.
- (48 bis) MUCIUS SCAEVOLA. "Código Civil comentado y concordado", T II, pág. 406, 5ª ed. 1946.

- (49) LACRUZ Y ALBALADEJO, ob. cit. pág. 168.
- (50) LACRUZ Y ALBALADEJO, ob. cit. pág. 169.
- (51) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 820.
- (52) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 819.
- (53) LACRUZ. "El nuevo derecho civil de la mujer casada". Cuadernos civitas, 1975, pág. 45.
- (54) CORTEZO. "Situación jurídica de la mujer casada", 1975, pág. 155.
- (55) DIEZ PICAZO Y GULLON. "Sistema de Derecho - Civil", Vol. I 1975, pág. 272.
- (56) LACRUZ. "El nuevo derecho civil de la mujer casada". Cuadernos civitas, 1975, pág. 45.
- (57) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 820.
- (58) LACRUZ. "El nuevo derecho civil de la mujer casada", ob. cit. pág. 44.

(59) DIEZ PICAZO Y GULLON. "Sistema de Derecho Civil", Vol. 1, 1975, pág. 272.

(60) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 820.

(61) DIEZ PICAZO Y GULLON, ob. cit. pág. 272.

(62) "Cortes Esoañolas. Diario de sesiones de las Comisiones", nº 475 de 7 Marzo 1975, pág. 7.

(63) PUIG BRUTAU, ob. cit. T IV, Vol. I, pág. --
286.

(64) LACRUZ Y SANCHO REBULLIDA, ob. cit. pág. 103.

(65) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 818.

(66) LACRUZ. ALBALADEJO, ob. cit. pág. 171.

(67) PUIG BRUTAU. "Fundamentos de Derecho Civil",-
T IV, Vol. 1, pág. 292, 1967.

(68) CASTAN "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 145
ed. 1954.

(69) CLEMENTE DE DIEGO. "Apuntes de Derecho Civil". Cuaderno segundo, año 1.907, págs. 129 a -- 131.

(70) CLEMENTE DE DIEGO, ob. cit. pgs. 259 y 260.

(71) SANCHEZ ROMAN, "Estudios de Derecho Civil", T V. "Derecho de Familia", Vol. 1, págs. 589 y sig. Especialmente las págs. 616 y 617,

(72) MANRESA. "Comentarios al Código Civil español", T I, págs 381 y sigs. ed. 1943.

Igualmente la 7ª ed. 1956, pág. 468.

(73) MUCIUS SCAEVOLA. "Código civil", T II, págs. 400 y sigs, ed. 1946.

(74) PEREZ GONZALEZ Y CASTAN. "Anotaciones al Tratado de Derecho civil de Ennecerus", T IV, Vol. 1, - pág. 195 y sigts, ed. 1941.

(75) CASTAN. "La condición social y jurídica de la mujer", pág. 112, ed. Reus. Madrid 1955.

(76) SANTA-MARIA ROJAS. "La autoridad marital". , Conferencia pronunciada en la Academia Matritense-del Notariado el 29 de Enero de 1947 ; anales de la Academia, T V, págs 43 y sigts. 1950.

(77) LACRUZ Y ALBALADEJO. "Derecho de Familia. - El matrimonio y su economía", T IV, Vol. 1, pág. - 164. 1963.

(78) LACRUZ Y SANCHO REBULLIDA. "Derecho de Familia", Vol. I, pág. 104. Barcelona 1974.

(79) CASTAN. "Derecho Civil", T II, pág. 250, - ed. 1952.

(80) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, págs. 150 a 152, ed. 1954.

(81) PUIG PEÑA "Tratado de Derecho Civil español", T II, Vol. I, pág. 174, ed. 1953.

(82) PUIG BRUTAU. "Fundamentos de Derecho civil" T IV, Vol. I, pág. 304, ed. 1967.

(83) DE CASTRO. "Derecho civil de España", T II, Vol. I, pág. 251. 1952.

(84) DIEZ PICAZO. "Lecciones de Derecho Civil", T I, Parte general, pág. 118, Universidad de Valencia 1967.

(85) LACRUZ. "El nuevo derecho civil de la mujer casada", Cuadernos civitas, pág. 14, año 1975.

(86) LACRUZ Y SANCHO REBULLIDA. "Derecho de Familia", Vol. I, pág. 105 ; Barcelona 1974.

(87) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 250, ed. 1976.

(88) DE CASTRO. "Derecho Civil de España", T II Vol. 1, pág. 261, nota 1.

(89) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 152. nota 1, ed. 1954.

(90) LACRUZ. ALBADALEJO, ob. cit. pág. 166.

- (91) PUIG PEÑA, ob. cit. T II, Vol. 1, pág. 180.
- (92) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 819.
- (93) LACRUZ "El nuevo derecho civil de la mujer-casada", Cuadernos civitas, pág. 36.
- (94) PEREZ SANZ, ob. cit. pág. 36.
- (95) DE CASTRO. "Derecho civil de España", T II, Vol. 1, pág. 254. 1952.
- (96) PEREZ Y ALGUER. "Anotaciones a Ennecerus", - T IV, Vol. 1. pág. 302.
- (97) GONZALEZ ENRIQUEZ. "Responsabilidad patrimonial en el matrimonio". Revista de Derecho Español y Americano. Abril-Mayo-Junio 1959, pág. 882.
- (98) COSSIO. "La potestad marital". Anuario de - Derecho civil, pág. 24. 1.948.
- (99) DE CASTRO. "Derecho civil de España", ob. - cit. pág. 266.

(100) CAMARA. "La separación de hecho y la sociedad de gananciales". Anuario de Derecho civil, 1969, Separata pág. 155.

(101) LACRUZ. "El nuevo derecho civil de la mujer casada", ob. cit. págs. 59 y 60.

(102) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 898.

(103) LACRUZ. "El nuevo derecho civil de la mujer casada", ob. cit. págs. 57 a 59.

(104) PEREZ GONZALEZ Y CASTAN. "Anotaciones al - Tratado de Derecho Civil de Ennecerus," T IV, Vol. - 1, pág. 302.

(105) CORTEZO, ob. cit. pág. 188.

(106) LACRUZ. "El nuevo derecho civil de la mujer casada", ob. cit., pág. 58.

(107) PEREZ SANZ, ob. cit. pág. 36.

(108) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 901.

(108 bis) MANRESA. "Comentarios al Código Civil Español", T IX, 4ª ed. pág. 355.

(109) GONZALEZ ENRIQUEZ, ob. cit. pág. 889.

(110) LACRUZ, ob. últ. cit. pág. 84.

(111) PEREZ SANZ, oba. cit. pág. 36.

(112) LACRUZ. "El nuevo derecho civil de la mujer casada", pags. 55 y sigts ; 83 y sgts.

(113) LACRUZ, Ob. últ. cit. págs, 58-59.

(114) CORTEZO, ob. cit. pág. 187.

(115) LACRUZ, ob. últ. cit. pág. 84.

(116) LACRUZ, ob. últ. cit. pág. 85.

(117) LACRUZ, ob. últ. cit. pág. 87.

(118) LACRUZ, ob. últ. cit. pág. 89.

(119) LACRUZ, ob. últ. cit. pág. 90.

(120) PUIG BRUTAU. "Fundamentos de Derecho Civil"
T IV, Vol. I, pág. 196. 1967.

(121) LACRUZ Y ALBALADEJO. "Derecho de Familia. El
matrimonio y su economía", pág. 138. Año 1963.

(122) CASTAN. "Derecho civil", T V, Vol. 1, pág. -
885, ed. 1976.

(123) PEREZ SANZ, ob. cit. pág. 63.

(124) LACRUZ Y ALBALADEJO. "Derecho de Familia. -
El matrimonio y su economía", pág. 139. 1963.

(125) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. II, pág.
93 ed. 1966.

(126) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. II, pág.
100, ed. 1966.

(127) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. II, pág, 100, ed. 1966.

(128) BONET. "Compendio de Derecho Civil", T IV. Derecho de familia, pág. 583, Madrid 1960.

(129) MANRESA. "Comentarios al Código Civil", T 1, 7ª ed. 1956, pág. 720.

(130) BONET. "Compendio de Derecho Civil", T IV, pág. 583, ed. 1960.

(131) MUCIUS SCAEVOLA "Código civil concordado y comentado", T III, pág. 352, 5ª ed. 1942.

(132) SANCHEZ ROMAN. "Estudios de Derecho civil" T V, Vol. 2, pág. 1069, ed. 1912.

(133) LACRUZ Y SANCHO REBULLIDA. "Derecho de Familia", Vol. II, 2ª ed. 1975, pág. 56.

(134) PUIG BRUTAU. "Fundamentos de Derecho Civil", T IV, Vol. 2, pág. 166, ed. 1970.

(135) CASTAN. "Derecho Civil", T V, pág. 97, ed., 1958.

(136) PIÑAR. "Legitimación por concesión real". Anuario de Derecho Civil, T 10, Enero-Marzo de -- 1957, pág. 419.

(137) BONET. "Compendio de Derecho Civil", T IV, pág. 583, Madrid 1960.

(138) PUIG BRUTAU, ob. cit. T IV, Vol. II, pág. 166.

(139) BONET. "Compendio de Derecho Civil", T IV pág. 583, Madrid 1.960.

(140) LACRUZ Y SANCHO REBULLIDA. "Derecho de Familia" pág. 56, 2ª ed. 1975. Vol. II.

(141) PUIG BRUTAU, ob. cit. T IV, Vol. II, pág. 166, año 1970.

(142) CASTAN "Derecho Civil", T V, Vol. II, - pág. 100, ed. 1966.

(143) CASTAN, "Derecho Civil, T V, Vol. II, pág. 103, ed. 1966.

PIÑAR/
(144) "Legitimación por concesión real", Anuario de Derecho Civil, T 10, Enero-Marzo 1957, pág. 443.

(145) CASTAN. Derecho Civil", T V, Vol. II, pág. 104, ed. 1966.

(146) PIÑAR, ob. cit. pág. 445.

(147) PIÑAR. "La adopción y sus problemas jurídicos". Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 31 de Enero de 1950, publicada en los Anales de dicha Academia, T 8, pág.-167.

(148) PUIG BRUTAU, ob. cit. T IV, Vol. II, pág.-289 ed. 1970.

(148 bis) GERMAN GAMBON ALIX. "La adopción", Barcelona 1960, pág. 162.

(149), BONET. "Compendio de Derecho Civil", T IV,

pág. 668, Madrid 1960.

(150) MANTECA ALONSO-CORTES. "La Adopción". Revista de Derecho Notarial, Abril-Junio 1971, pág. 241.

(151) PIÑAR. "La adopción y sus problemas jurídicos", Conferencia, pág. 167.

(152) GAMBON ALIX. "La Adopción", ob. cit. pág.-163.

(153) PUIG BRUTAU, ob. cit, T IV, Vol. II, pág. 290, ed. 1970.

(154) MANTECA. "la Adopción", ob. cit. pág. 183.

(155) GAMBON ALIX. "La Adopción", ob. cit. pág. 163.

(156) MANTECA. "La Adopción", ob. cit, pág. 184.

(157) CASTRO LUCINI. "Ante el proyecto de Ley modificando la adopción", Revista de Derecho Notarial

Enero-Marzo 1970, pág. 63.

(158) CANO. "La nueva Adopción", Revista de Derecho Notarial, Abril-Junio 1971, pág. 17

(158 bis) MANTECA. "La Adopción", ob. cit. pág. 153.

(159) GAMBON ALIX. "La Adopción", ob. cit. pág. 165.

(159 bis) MENDEZ APENELA. "La capacidad del menor emancipado mayor de dieciocho años". Revista de Derecho Notarial Enero-Marzo 1974, pág. 424.

(160) PUIG BRUTAU. ob. cit. T IV, Vol. II, pág. 290.

(161) MANTECA. "La Adopción", ob. cit. págs 319 y 331.

(162) LACRUZ. ALBADALEJO, ob. cit. pág. 219.

(163) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág.

283, ed. 1954.

(164) LACRUZ. SANCHEZ REBULLIDA, ob. cit. ed. -
1974, pág. 145.

(165) CAMARA. "La separación de hecho y la sociedad de gananciales". Anuario de Derecho civil, Separata 1969, pág. 37.

(166) LACRUZ. SANCHO REBULLIDA, ob.- cit. ed. --
1974, pág. 145.

(167) LACRUZ. SANCHO REBULLIDA, ob. cit. ed. 1974
pág. 145.

(168) LACRUZ. SANCHO REBULLIDA, ob. cit. ed. 1974
pág. 145.

(169) LACRUZ. SANCHO REBULLIDA, ob' cit. ed. 1974
pág. 147.

(170) LACRUZ. SANCCHO REBULLIDA, ob. cit. ed. -
1974, pág. 147.

(171) LACRUZ. ALBALADEJO, ob. cit. pág. 231, -
ed. 1963.

(172) PUIG BRUTAU, ob. cit. T IV, Vol. 1, pág.
451, 1967.

(173) LACRUZ. ALBALADEJO, ob. cit. ed. 1963, -
pág. 231.

(174) LACRUZ. ALBALADEJO, ob. cit. pág. 227.

(175) VALLET DE GOYTISOLO. "La donación mortis
causa en el Código civil español". Conferencia --
pronunciada en la Semana Notarial de Santander, -
del verano de 1948, publicada en los Anales de la
Academia Matritense del Notariado, T V, pág. 733.

(176) LACRUZ. SANCHO REBULLIDA, ob. cit. pág.
148, ed. 1974.

(177) VIRGILI SORRIBES. Conferencia sobre "Pro
yección de la presunción muciana en Derecho co---
mún", pronunciada en la Academia Matritense del -
Notariado el 9 Diciembre 1955, Anales, T 10, pág 318.

(177 bis) FUENMAYOR. "Sobre una revisión de las donaciones mortis causa en nuestro Código civil" . Anuario de Derecho civil, IV 1951, pág. 1094.

(178) CASTAN. "Derecho Civil", T IV, pág. 70, - ed. 1961.

(179) CAMARA. "Reflexiones en torno a la capacidad patrimonial de la mujer casada". En estudios de Derecho Civil, en honor del Profesor Castan, Vol. - VI, Separata, pág. 112.

(180) PUIG BRUTAU, ob. cit. T IV, Vol. 1, pág. - 442.

(181) CASTAN. "Derecho Civil", T IV, pág. 71, - ed. 1961.

(182) CASTAN. "Derecho Civil", T IV, pág. 71, nota 2, ed. 1961.

(183) LACRUZ. ALBALADEJO, ob. cit. ed. 1963, pág. 221.

(184) LACRUZ. ALBALADEJO, ob. cit. ed. 1963, -
pág. 221.

(185) CASTAN. "Derecho Civil", T I, pag. 409,
ed. 1949.

(186) LACRUZ. ALBALADEJO, ob. cit, ed. 1963, -
pág. 222.

(187) PUIG BRUTAU, ob. cit. T IV, Vol. 1, pág.
442.

(188) CASTAN. "Derecho Civil", T I pág. 409, -
ed. 1949.

(189) PUIG BRUTAU, ob. cit, T IV, Vol. 1, pág.
443,

(190) LACRUZ. ALBALADEJO, ob. cit. ed. 1963,-
pág. 222.

LACRUZ. SANCHO REBULLIDA, ob. cit. ed. 1974,-
pág. 142.

(191) LACRUZ. ALBALADEJO, ob. cit. 1963. pág. 221.

(192) CASTAN. "Derecho Civil", T I, pág. 409, -
ed. 1949.

(193) PUIG BRUTAU, ob. cit. T IV, Vol. 1, pág.-
445.

(194) LACRUZ. ALBALADEJO, ob. cit. ed. 1963, -
pág. 222.

(195) CAMARA. "Estudios de Derecho Mercantil", -
T I, pág. 473. 1972.

(196) CAMARA. "La mujer casada y el derecho de-
sociedades", pág. 54 y sig. Revista de Legislación
y Jurisprudencia. Septiembre-Octubre 1969, separa-
ta.

(197) CAMARA. "Estudios de Derecho Mercantil" -
T I, pág. 477, 1972.

(198) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. págs. 972 y 973.

(199) LACRUZ. ALBALADEJO, ob. cit. ed. 1963, -
pág. 621.

(200) PUIG PEÑA, oba. cit, T II, Vol. 1, pág. -
352.

(201) LACRUZ Y ALBADALEJO. "Derecho de Fami--
lia". El matrimonio y su economía, ed. 1963, pág.
621.

(202) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 980.

(203) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 981.

(204) DIAZ ALABART. "Modificalidad del régimen -
de separación de bienes impuesto por la Ley a los -
esposos que se casaron contraviniendo las prohibi--
ciones del art. 45 del Código civil". Revista de De
recho Privado, Junio 1976, págs. 516 a 528 (especial
mente pág. 527).

(205) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág.
466, ed. 1976.

(206) SANZ FERNANDEZ, ob. cit, pág. 981.

(207) DIAZ ALABART, ob. cit. pág. 527

(208) SANZ FERNANDEZ, Ob. cit. pág. 981.

(209) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 466, nota 1, ed. 1976.

(210) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 982.

(211) DIAZ ALABART, ob. cit. pág. 527.

(212) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 466, nota 1, ed. 1976.

(213) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 319, ed. 1976.

(214) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 972.

(215) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. págs. 983 y 984.

(216) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 986.

(217) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 979.

(218) GARRIDO PALMA, ob. cit. págs. 116 y 117.

(219) GARRIDO PALMA, ob. cit. págs 117 y 118.

(220) SANS URANGA. "La nueva importancia del - art. 831 del Código civil". Revista de Derecho Notarial, Abril-Junio 1976, pág. 382.

(221) CONFRONTESE CASTAN. "Derecho Civil", T VI Vol. III, 7ª ed. revisada por José Luis de los Mozos, pág. 289, año 1971.

(222) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. I, pág. 320, ed. 1976.

(223) DIEZ PICAZO Y GULLON. "Sistema de Derecho Civil", Vol. 1, pág. 256, 1975.

(224) DIEZ PICAZO Y GULLON, ob. cit. pág. 256.

(225) DIEZ PICAZO Y GULLON, ob. cit. pág. 256.

(226) DIEZ PICAZO. "Lecciones de Derecho Civil". I parte general, pág. 125. Universidad de Valencia 1967.

(227) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 808,

(228) CASTAN. "Derecho Civil", T I, Vol. II, pág.
233. ed. 1963.

(229) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 809.

(230) PEREZ SANZ, ob. cit. pág. 63.

(231) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. págs. 811 y 812.

(232) DIEZ PICAZO Y GULLON, ob. cit. pág. 256.

(233) DIEZ PICAZO Y GULLON, ob. cit. pág. 256.

Rd. 54.460

Trabajo de Tesis para
Doctorado en Derecho.

TE
1851

INFLUENCIA DEL MATRIMONIO EN LA
CAPACIDAD DE OBRAR DE LOS CONYUG
ES DESPUES DE LA REFORMA DEL -
CODIGO CIVIL DE 2 DE MAYO 1975.



BIBLIOTECA
DE DERECHO

Ma de los Desamparados Núñez Boluda

Madrid 1977

INDICE DE LOS DOS TOMOS

INFLUENCIA DEL MATRIMONIO EN
LA CAPACIDAD DE OBRAR DE LOS CONYUGES DESPUES DE
LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL DE 2 DE MAYO DE 1.975.

PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

1.- Interés del tema.....	pág. 1
2.- Sentido usual de la capacidad de obrar- en los cónyuges.....	" 2
3.- Contenido o materia de este trabajo....	" 4

CAPITULO I

EXPOSICION DEL TEMA. IDEAS GENERALES.

1.- Breve indicación de la materia según la normativa anterior a la Ley de 2 de Ma- yo de 1.975.....	" 7
2.- Ideas fundamentales de la reforma de - 1.975.....	" 11
3.- Ambito temporal de la reforma.....	" 14
4.- Ambito territorial de la reforma.....	" 21
5.- Algunas indicaciones críticas sobre la- reforma.....	" 24
Notas al capítulo I.....	" 27

CAPITULO II

EFFECTOS DEL MATRIMONIO QUE SIGNIFICAN AMPLIACION DE LA CAPACIDAD DE OBRAR Y SON COMUNES A AMBOS CONYUGES.

A) Adopción.....	pág. 30
B) Recíproca comunicación de honores.....	" 31
C) Emancipación.,.....	" 33
1.- Requisitos para que se produzca.....	" 34
2.- El consentimiento complementario de su capacidad.....	" 36
2,1.- Su naturaleza y caracteres.....	" 37
2,2.- Manera de ser prestado.....	" 39
2,3.- Efectos de la falta de consentimiento....	" 43
2,4.- Personas que han de prestar el consentimiento.....	" 51
3.- Actos para los que el emancipado necesita consentimiento.....	" 61
3,1.- Mayor de dieciocho años que ha contraído matrimonio con licencia de las personas - que deban otorgarla.....	" 61
3,1,1.- Regla general de capacidad.....	" 62
3,1,2.- En la esfera personal.....	" 64
3,1,3.- En la esfera patrimonial.....	" 75

3,2.- Menor de dieciocho años que ha contraído matrimonio con licencia de las personas- que deban otorgarla.....	pág. 105
3,2,1.- Regla general de capacidad.....	" 105
3,2,2.- En la esfera personal.....	" 106
3,2,3.- En la esfera patrimonial.....	" 107
3,3.- Menores de edad que contraen matrimonio- sin licencia.....	" 107
Notas al capítulo II.....	" 133

CAPITULO III

EFFECTOS DEL MATRIMONIO QUE SIGNIFICAN RESTRICCION Y SON COMUNES A AMBOS CONYUGES.....	" 145
A) Restricciones nacidas de la voluntad de los cónyuges manifestada en capitulaciones matrimo- niales.....	" 148
B) Restricciones nacidas directamente de la - Ley.....	" 176
1.- La sanción que en algunos casos existe de separación impuesta de bienes.....	" 176
2.- Separación de bienes como consecuencia de la separación judicial de personas.	" 181
3.- Ninguno de los cónyuges puede fijar - unilateralmente su domicilio.....	" 188
4.- Ninguno de los cónyuges puede obrar en contra del interés de la familia,y ambos	

	se deben respeto y protección recíprocos.	pág. 205
5.-	Cada cónyuge queda sujeto a lo que el otro hace en ejercicio de la "potestad de la llave".....	" 225
6.-	Limitaciones producidas al ser admitida la demanda de nulidad o de separación del matrimonio.....	" 253
7.-	Ningún cónyuge puede sin consentimiento -- del otro legitimar hijos por concesión -- real.....	" 266
8.-	Ningún cónyuge puede adoptar sin consentimiento del otro.....	" 279
9.-	Los cónyuges no pueden celebrar entre sí - algunos contratos.....	" 292
a)	Donaciones entre cónyuges.....	" 296
1.-	Textos legales.....	" 296
2.-	Fundamento.....	" 296
3.-	Contratos comprendidos en la prohibición.....	" 298
4.-	Efectos de la prohibición. Nulidad....	" 307
b)	Compraventas entre cónyuges.....	" 312
1.-	Textos legales.....	" 312
2.-	Fundamento.....	" 312
3.-	Contratos comprendidos en la prohibi--	

ción.....	pág.	316
4.- Efectos de la prohibición. Nulidad.....	"	321
c) Sociedades entre cónyuges.....	"	322
1.- Textos legales.....	"	322
2.- Fundamento.....	"	322
3.- Contratos comprendidos en la prohibición..	"	323
4.- Efectos de la prohibición. Nulidad.....	"	33
d) La prohibición, hoy derogada, de alterar el <u>régimen económico matrimonial mediante contrato-</u> <u>posterior</u>	"	33
1.- Textos legales y fundamento.....	"	33
2.- Capacidad.....	"	33
3.- Alteraciones que pueden y no pueden ser - efectuadas.....	"	35
A) Se pretende pactar el <u>régimen de separa</u> <u>ción</u>	"	35
B) Se pretende pactar un <u>régimen de comuni</u> <u>dad relativa, especialmente de ganancia</u> <u>les</u>	"	37
C) Se pretende pactar un <u>régimen de comuni</u> <u>dad absoluta</u>	"	37
D) Se pretende pactar varios regímenes....	"	374
E) Otros posibles pactos.....	"	37
4.- Efectos de los pactos no permitidos.....	"	38
10.- Otras supuestas restricciones comunes.....	"	38

Notas al capítulo III.....	pág. 398
----------------------------	----------

CAPITULO IV

EFFECTOS DEL MATRIMONIO QUE AFECTAN SOLAMENTE AL MARIDO

Administración de los bienes de la sociedad con yugal.....	" 7
1.- Significación general del precepto.....	" 7
2.- Administración respecto a los bienes para-- fernales.....	" 15
3.- Administración respecto a los bienes dota-- les.....	" 23
3,1.- En cuanto a la administración de la - dote inestimada.....	" 26
3,2.- En cuanto al usufructo de la dote ines- timada.....	" 33
4.- Administración en cuanto a los bienes ganan- ciales.....	" 38
4,1.- En cuanto a la administración.....	" 38
4,2.- En cuanto a la disposición.....	" 46
4,2,1.- Disposición de bienes muebles.....	" 50
A) Disposición de bienes muebles a título gratuito.....	" 50

B) Disposición de bienes muebles a título oneroso.....	pág. 59
4,2,2.- Disposición de inmuebles y establecimientos mercantiles.....	" 71
A) Disposición a título gratuito de inmuebles y establecimientos mercantiles...	" 71
B) Disposición a título oneroso de inmuebles y establecimientos mercantiles...	" 72
a') ¿Que se entiende por inmuebles y establecimientos mercantiles?.....	" 76
b') ¿Que actos necesitan del consentimiento de la mujer?.....	" 77
c') El consentimiento de la mujer.....	" 83
1) Naturaleza.....	" 83
2) Caracteres.....	" 86
3) Capacidad.....	" 90
4) Forma.....	" 92
d') Validez de los actos realizados por el marido sin consentimiento de su esposa.....	" 94
4,2,3.- Actos de disposición en contravención -- del Código o en fraude de la mujer.....	" 108
- Actos realizados en contravención - del C.c.....	" 111

- Actos realizados en fraude de la mujer..	pág. 116
Notas al Capítulo IV.....	" 126

CAPITULO V

EFECTOS DEL MATRIMONIO QUE AFECTAN SOLAMENTE A LA MUJER.

1) Efectos relativos a la nacionalidad y a la- vecindad civil de la mujer casada.....	" 142
1,1.- Supresión del principio de la unidad- de la familia en orden a la nacionali- dad.....	" 145
1,2.- Mantenimiento del principio de la uni- dad de la familia en orden a la vecin- dad civil.....	" 151
2) Efecto relativos a las facultades de la mu- jer en cuanto a sus bienes propios.....	" 158
2,1.- En cuanto a sus bienes parafernales..	" 158
2,2.- En cuanto a bienes dotales.....	" 171
- Régimen del artículo 1361.	
- a) Capacidad.....	" 176
b) Clase de bienes.....	" 179
c) El consentimiento del marido.....	" 184
3) Efectos relativos a las facultades de la mu- jer en cuanto a los bienes gananciales.....	" 189

3,1.- Facultades de la mujer respecto a los bienes gananciales en las situaciones normales del matrimonio.....	pág.	191
3,1,1.- Actos de administración.....	"	192
a) La administración de los frutos - de los parafernales no entregados...	"	194
b) El ejercicio de una profesión....	"	203
c) La mujer socio de una sociedad -- mercantil.....	"	206
d) La mujer casada cooperativista...	"	209
3,1,2.- Actos de obligación.....	"	211
A) El consentimiento es necesario para la validez del acto. La falta de consentimiento produce la nulidad de pleno derecho.....	"	21
B) El consentimiento del marido es necesario para la validez del acto o contrato obligatorio, pero - su falta no produce la nulidad, - sino solo la anulabilidad.....	"	21
C) El consentimiento no es necesario para la validez del acto o contrato obligacional, solamente lo será para que las responsabilidades del -		

mismo pueda recaer sobre bienes gananciales.....	pág. 219
3,1,3.- Actos de disposición.....	" 237
A) A título gratuito.....	" 238
B) A título oneroso.....	" 239
a) Disposición de inmuebles.....	" 239
b) Disposición de muebles.....	" 245
3,1,4.- Actos de adquisición.....	" 252
A) Si la mujer casada puede o no efectuar adquisiciones de caracter ganancial.....	" 255
a) El pago del precio aplazado.....	" 271
b) La responsabilidad de los gananciales por el precio pendiente de pago.....	" 274
B) Naturaleza de la adquisición efectuada por la mujer.....	" 283
a) Compras al contado.....	" 284
b) Compras con precio aplazado.....	" 287
C) Efectos que se producen por la adquisición en cuanto al patrimonio ganancial.....	" 296
3,2.- Facultades de la mujer respecto a los bienes gananciales en las situaciones -	

anormales del matrimonio.....	pág. 301
3,2,1.- Transferencia voluntaria de administración a- la mujer.....	" 301
3,2,2.- Transferencia legal de la administración a la mujer.....	" 304
a) Transferencia por ministerio de la ley....	" 305
b) Casos en que se transfiere la administra- ción a la mujer de los bienes del matrimonio- por resolución judicial.....	" 310
4) Breve indicación sobre la desaparecida licencia mari- tal.....	" 327
4,1.- Concepto.....	" 327
4,2.- Fundamento.....	" 328
4,3.- Derecho vigente después de la Reforma del C.- c. de 2 de Mayo de 1975.....	" 345
4,4.- Forma de concesión de la licencia marital....	" 355
4,5.- Valor de los actos realizados sin licencia ma- rital.....	" 364
Notas al Capítulo V.....	" 369
CONSIDERACIONES FINALES.....	" 394

INFLUENCIA DEL MATRIMONIO
EN LA
CAPACIDAD DE OBRAR DE LOS CONYUGES
DESPUES DE LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL
DE 2 DE MAYO DE 1975

TOMO II

CAPITULO CUARTO

EFFECTOS DEL MATRIMONIO QUE AFECTAN SOLAMENTE - AL MARIDO.

Vistos los efectos comunes del matrimonio que afectan por igual a marido y mujer, vamos a ver a continuación los efectos del matrimonio que afecten o solo al marido o solo a la mujer casada.

En cuanto al marido, al que se dedica el presente capítulo, los efectos se han considerado -- siempre de carácter ampliatorio de su capacidad y tradicionalmente se consideraban como tales los -- de pasar a ostentar la jefatura familiar o cuando menos tener la Autoridad marital; los de tener -- también la representación en general de su mujer; el de decidir con su vecindad civil la de su esposa; y sobre todo el tener la administración de -- los bienes de la sociedad conyugal.

Después de la Reforma de 1.975 solamente éstos dos últimos efectos ~~son~~ los que realmente quedan subsistentes. No los otros.

La autoridad marital, considerada como base fundamental en la organización matrimonial española, tanto en la esfera personal como en la esfera patrimonial ha desaparecido bruscamente con la reforma introducida por la Ley de 2 de Mayo de 1.975.

En cuanto a la esfera personal ya hemos visto la desaparición del deber de obediencia que establecía el art. 57 del Código en su vieja redacción, y como ha sido sustituido el texto por la expresión de que ambos cónyuges se deben respeto y protección recíproca. Esta materia ha sido -- examinada en el capítulo tercero, punto cuarto -- ("ninguno de los cónyuges puede obrar en contra del interés de la familia y ambos se deben respeto y protección recíproca") y por lo tanto a -- esas páginas de este trabajo me remito.

En cuanto a la esfera patrimonial ha sido costumbre examinar la materia no desde el lado del marido sino más bien desde el lado de la mujer, -- al estudiar la supuesta restricción de su capacidad de obrar llamada Licencia Marital. Aunque dicha licencia también ha desaparecido con la re--

forma de 1.975 haré unas breves indicaciones sobre ella, pero no en éste capítulo sino en el siguiente destinado a examinar los efectos del matrimonio que afectan tan solo a la mujer casada.

La representación general que el marido ostentaba de la mujer. Decía Castán "La representación -- (de la mujer) por el marido, tanto en actos judiciales como extrajudiciales, era una consecuencia del principio de la autoridad marital"(1).

Esta afirmación no era del todo exacta. Ciertamente parecía ser así porque el antiguo art. 60 decía "el marido es el representante de su mujer".

Pero tal representación se limitó por la doctrina y la Jurisprudencia únicamente a la esfera judicial. Nunca se aplicó a los actos extrajudiciales. Sirva como cita de máxima autoridad la del profesor De Castro : "El art. 60 debe entenderse, y así lo entienden doctrina y jurisprudencia como una especialidad de la capacidad procesal y no como imponiendo a la mujer al modo de los incapacitados un representante legal" (2).

La redacción del viejo art. 60 nos explica Sanz

Fernández que obedeció indudablemente a un error de reproducción del art. 45 de la Ley de Matrimonio Civil de 17 de Junio de 1.870 que se limitó a decir que el marido estaba facultado para representar a la mujer en juicio, de ninguna manera decía que fuese el representante de su mujer con carácter general.(3).

La especialidad procesal de que nos informa De Castro producía el que el marido podía comparecer en juicio para pleitear en nombre de su esposa y era bastante por lo tanto el poder para pleitos a Procuradores otorgado por él, no solamente sin -- que interviniera la mujer, sino aunque no hubiera hecho constar que actuaba en representación de su esposa. Claro es que eso no excluía el que también la mujer pudiera comparecer en juicio y otorgar el poder a Procuradores ella personalmente, -- aunque con licencia de su marido. Solamente podía prescindir de esta licencia según nos enseñaba el par. 2 del art. 60 "para defenderse en juicio criminal, para demandar o defenderse en pleitos con su marido o cuando hubiera obtenido previamente -- habilitación judicial".

En la práctica era más frecuente que el poder a pleitos lo otorgase la mujer con licencia marital que no el marido en uso de la representación atribuída por el art. 60.

En la esfera extrajudicial se rechazaba la representación del marido por el tenor y el sentido general de la serie de arts. del Código Civil que establecían la licencia marital para una serie de casos, y que no detallo ahora pues ya los expondré en el capítulo siguiente cuando veamos que ha desaparecido la Licencia Marital. Pero de todos esos arts. se deducía a juicio de la doctrina con claridad que era siempre la mujer la que actuaba por sí y no representada por su marido.

Con mayor o menor ámbito la representación de la mujer por el marido, con carácter legal ha desaparecido con la Reforma de 1.975. El nuevo art. 63 (que sustituye en esta materia al viejo art. 60) dice : "ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiera sido conferida voluntariamente".

La Reforma viene más bien a sancionar la práctica anterior ya apuntada y ha sido en general--

bien acogida. Así Sanz Fernández (4), Castán - -
(5), Cortezo (6).

El decidir el marido con su vecindad civil la
de su esposa, es un efecto que sigue vigente - -
("la mujer casada seguirá la condición del mari-
do" dice el art. 14 del Código Civil). Pero esta
materia la veremos también desde el lado de la -
esposa por ser efecto restrictivo para ella. Se-
tratará en el capítulo siguiente.

Nos queda pues para examinar en este capítulo
únicamente el último de los cuatro efectos antes
señalado el de que al marido corresponde la admi
nistración de los bienes de la sociedad conyu---
gal.

ADMINISTRACION DE LOS BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

1) Significado general del precepto.

El efecto primordial derivado del matrimonio -- que afecta solo al marido, es el de ser el administrador en principio de los bienes de la sociedad conyugal, efecto que podemos calificar de ampliación de su capacidad de obrar, y que viene proclamado en el art. 59 del C.c., y confirmado en los arts. 1.357 relativo a la dote, y 1.412 respecto a la sociedad de gananciales, arts. que no han sido afectados por la reforma.

El art. 59 en su primera parte dice "el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal"; luego según su letra puede entenderse -- que por directa predeterminación de la Ley, el varón por el solo hecho de casarse sea cual fuere el régimen matrimonial que elija, amplía su capacidad en cuanto se le concede la administración de los bienes de la sociedad conyugal, a no ser que a tenor del 2º par. del art. 59 se hubiera estipulado lo contrario.

Se concede al marido la administración del con-

sorcio por ser ésta una consecuencia de la antigua jefatura que aunque desaparecida sigue vigente este efecto.

Es verdad que ha sido suprimida -- la primitiva redacción del art. 57 por el que el marido debía proteger a la mujer y ésta obedecer al marido, artículo que era el máximo exponente de la jefatura familiar; y que ha sido suprimida también la licencia marital otra consecuencia de la autoridad del marido, pero no ha sido suprimida la autoridad del todo en cuanto que se sigue -- otorgando al marido la administración de los bienes de la sociedad conyugal; y sigue ostentando la patria potestad, y por tanto indirectamente, por lo menos en principio, elige el domicilio -- (art. 58), aunque como ya he indicado anteriormente son manifestaciones de jefatura familiar -- más que de autoridad marital.

Es natural que el matrimonio al igual que toda sociedad necesite una unidad de dirección, -- que lo ideal sería que se rigiera por la Ley de igualdad absoluta de los cónyuges, pero como eso es difícil en la práctica y es entorpecedor del-

tráfico jurídico acudir para que resuelva todas -- las discrepancias al Juez --, en aras de una unidad de dirección y gobierno, se ha venido admitiendo una cierta preeminencia del marido, incluso se ha llegado a proclamar la obediencia de la mujer. Esto último se ha reformado por la Ley, de 2 de Mayo de 1.975 por considerarlo vejatorio a la esposa.

A la jefatura marital no se le dá el nombre de poder y sí el de función, encomendada por la Ley al marido a quién corresponden los más graves deberes y han de otorgarsele, en consecuencia las facultades necesarias como dice Castán (7). Y así como jefe de la familia, a decir De Castro, tiene el marido una serie de responsabilidades y desventajas especiales, entre otras, responder por los actos culpables de los hijos menores que vivan en su compañía (art. 1.903) y responder conforme al art. 1.910 (8).

Manifestación pues de esa supremacía del marido es el que éste lleva la dirección económica de la familia a tenor del art. 59 C.c. Este art. decía y dice que el objeto de la administración son

los bienes de la sociedad conyugal (no los bienes de la sociedad de gananciales).

Este artículo 59 parece que tuvo su sentido -- cuando se redactó el proyecto del Código Civil vigente, es lo que opina Lacruz que dice "cuando se redactó el proyecto del Código Civil vigente y se comenzó a publicar en la Gaceta, se seguía sustancialmente el mismo sistema de administración única por el marido... si bien estaba permitido pactar que la mujer administrase sus propios bienes. Tal es el sentido del art. 59, 1º tal como apareció en la Gaceta en Octubre de 1.838, y a cuyo tenor "el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en -- contrario". Por bienes de la sociedad conyugal -- hay que seguir entendiendo todos los de ambos cónyuges; y no simplemente los gananciales. Por eso figura el precepto en este lugar relativo a los -- efectos generales del matrimonio y no en el libro cuarto, al regular su régimen económico".

"Más --continua Lacruz -- el Código que había comenzado a publicarse como Ley en la Gaceta a primeros de Octubre de 1.838 fué apareciendo muy len

tamente y con grandes intervalos, de modo que el 10 de noviembre rectificando su criterio anterior decidía que la mujer casada conservase la administración de sus bienes privativos, redactando los arts. 1.381 a 1.391... Tales bienes... no existían en el nuevo cuerpo legal - hasta entonces y no se había contado con ellos al redactar el texto antes transcrito del art. 59-~~12~~... el art. - -- 1.384, al confiar su administración de los parafemales a la esposa representaba una antinomia - con dicho art. 59,12, que hubiera debido sencillamente, ser suprimido."(9).

Pero mientras esté ahí el art. 59 tal vez pudiéramos encontrarle un contenido, distinto al del 1.412 C.c. y es que el marido fuera el administrador de la sociedad conyugal, fuera el que fuera - el régimen económico bajo el que estuviesen casados.

Y esto se traduce, como dicen Lacruz y Albaldejo en que "cualquiera que sea el régimen matrimonial y el modo de administración, es el marido quien debe determinar su tenor de vida, (se refiere al tenor de la familia) las cantidades que de-

ben destinarse al consumo familiar, las deudas que pueden contraerse." Continúan diciendo estos autores "es el marido a quien corresponde señalar las grandes directrices de la vida doméstica y al hacerlo indirectamente comprometerá los bienes comunes, cualquiera que sea el modo de su administración, o, si media entre los cónyuges un régimen de separación, regulará la contribución de la mujer a las cargas del matrimonio y por tanto podrá, señalando un tren de vida más alto, absorber la totalidad de los ingresos de ésta, o permitir que ahorre una parte mayor o menor. El marido nunca puede renunciar a esta posición que le corresponde en la familia y que como se ve, no es una mera cuestión de administración de bienes." (10)

Esto lo vuelve a repetir Lacruz en "El nuevo derecho civil de la mujer casada," cuando después de afirmar "al antiguo art. 59... ahora se hubiera debido suprimir, pues es mera repetición del art. -- 1.412", se pregunta "¿por qué no se ha hecho?", y contesta "si sería por la dificultad de rellenar el hueco... Mas, ya que lo tenemos ahí, ¿cabría contemplar ese precepto como una expresión de ser el-

marido quien señala el nivel de vida de la familia.. los límites del gasto familiar?... el legislador, o lo ha resuelto en el art. 59, o lo ha dejado sin resolver, y de paso ha enunciado un precepto^{inútil/} por reite_rativo". Aunque al final se inclina por considerar - "que a falta de otros datos, el art. 59 actual... es una reiteración del 1.412". (11)

Contra el tren de vida que señale el marido, cabe preguntarse si puede hacer algo la mujer. Si señala un nivel de vida demasiado elevado para los ingresos familiares, quizá podría incapacitarlo por prodigalidad, pero será difícil. Si por el contrario marca un nivel en exceso modesto para los ingresos familiares, la única solución de la mujer será tal vez dar el máximo contenido posible al nuevo art. 66 C.c.

Claro está que este principio general del art. 59 encuentra limitaciones, como es el caso ya expuesto del art. 60 relativo a los cónyuges menores de dieciocho años. El marido en cuanto cónyuge menor de -- dieciocho años verá limitado su derecho en, cuanto - que no podrá administrar los bienes comunes, (para - la explicación de este punto nos remitimos a lo ya - desarrollado.)

Otra limitación es la que deriva de lo que se -
pacte en capitulaciones matrimoniales en donde pue-
den concederse la administración a la mujer, esta-
blecer un régimen de administración conjunta etc.;
además que por ley se le pueda transferir en los -
casos del art. 1.441 del Código civil la adminis-
tración a la mujer.

La administración de los bienes de la Sociedad-
conyugal es, pues, un derecho del marido pero que-
bien por pacto, bien por Ley, en determinados ca--
sos puede transferirse a la mujer.

"Pero, como dice Castro, el marido, no está facul-
tado para administrar en perjuicio de la mujer o -
de la sociedad conyugal; limitación que aumenta de
intensidad, al no poder actuar de modo que ponga -
en peligro el patrimonio familiar, so pena de su--
frir la interdicción por prodigalidad (222)".(12)

Hechas estas indicaciones generales, y dejando-
de lado la difícil cuestión de armonizar los - ---
arts. 59 y 1.412 del Código Civil, creo que para -
la finalidad de este trabajo es preferible enten--
der que la administración del marido está pensada-
en el Código sobre la base del régimen legal de ga

nanciales. Lo que obliga a examinar esa administración en cuanto a las diversas clases de bienes que pueden existir en ese régimen, a saber : propios - del marido, parafernales, dotales y gananciales.

Sería absurdo examinar aquí la administración - del marido en cuanto a su propio capital. Es el -- dueño y es el administrador con plenas facultades.

Vamos por eso a examinar la administración del - marido solo respecto a cada una de las otras tres - clases de bienes.

2) Administración respecto a los bienes parafer- nales.

El aspecto más importante es el que se produce - cuando el marido administra los bienes paraferna-- les de su mujer por voluntad de ésta. Siguiendo a - Pérez Sanz, se puede decir de manera muy resumida - que esta voluntad de la mujer tiene dos manifesta- ciones : 1) la entrega de los bienes parafernales - que hoy queda sujeta al siguiente régimen :

a) La entrega ha de constar en escritura públi- ca, y por tanto con intervención notarial, bien se

trate de capitulaciones matrimoniales, bien se trate de una específica escritura de entrega de parafernales.

b) Se pueden entregar al marido todos o parte - de los parafernales.

c) Las facultades del marido respecto a estos - bienes entregados serán los que resulten de la escritura de entrega y en su defecto de las normas - del mandato contenidas en el C.c. (1.389).

d) Viene obligado el marido a constituir hipoteca por el valor de los muebles que él recibiera, o a asegurarlos en la forma establecida para los bienes dotales (1.384 II).

e) La devolución de los parafernales entrega--- dos, tendrá lugar conforme a lo establecido en capiitulaciones o, en la escritura de entrega, apli--- cándose en su defecto lo prevenido en el art. 1372 (art. 1.391). Excepcionalmente, la admisión de las demandas de separación y nulidad del matrimonio -- produce 'ope legis' la revocación de las facultades conferidas al marido en cuanto a la administración y disposición de los parafernales (68,4). En el caso de prodigalidad de la mujer, según el 225 II, -

el marido conservará la administración que se le hubiere conferido en capitulaciones matrimoniales, y, según cree Pérez Sanz, aunque el texto no lo diga, también la administración que se le entregó en escritura. En el párrafo que examinamos no solo se asegura al marido la administración de los parafernales, sino que se añade "para enajenarlos - necesitará autorización judicial", lo que supone - extender las facultades del marido desde la administración hasta la enajenación, aunque bajo control judicial. Cosa que Perez Sáñz encuentra que no es posible sino/^{es}que la mujer lo previó en la - escritura o capítulos, si no lo advirtió nunca podrán extenderse las facultades del marido hasta - incluir la enajenación.

f) En cuanto a la forma y objeto de la devolución, habrá que atenerse a lo previsto en la escritura de entrega.

2) La segunda posibilidad de intervención del marido en los bienes parafernales es la que resulta del mandato.

El marido puede intervenir en los bienes parafernales como consecuencia de un mandato conferi-

do por la mujer para que administre e incluso disponga de los bienes parafernales. Se aplicará las reglas del mandato.

El mandato expreso se documentará mediante escritura pública, o de la forma adecuada al caso - de que se trate, contendrán las condiciones del mismo, relativas al contenido y forma de ejercicio. Lo más frecuente, sin embargo, seguirá siendo que el marido administre los parafernales, sin entrega ni escritura de mandato. Antes de la reforma de 1.975 se aplicaban las normas del mandato tácito, pero después de dicha reforma y a tenor del nuevo art. 63, esto, en opinión de Pérez Sanz, no es posible; a la actuación del marido respecto a los bienes parafernales se aplicará el par. 2º del art. 1.259, y la doctrina de la gestión de los negocios ajenos sin mandato (arts. 1.888 y sgts)(13).

Además de esta administración, tan brevemente examinada, hecha por el marido en base a la voluntad expresa de la mujer, también es el caso hacer unas breves indicaciones a una cierta intervención que tiene el marido en la administración de-

los bienes parafernales, sin base en el consenso - de la mujer, y aun diría que en contra de ese consenso.

En principio la administración de los parafernales corresponde a la mujer : "la mujer tendrá la administración de los bienes parafernales...." dice el art. 1.384 del Código que hace ha seguido la salvedad de que voluntariamente haya transferido - la administración al marido. Y dice Lacruz : "Esta administración de los parafernales es exclusiva, - como la posesión de los bienes correspondientes; - el marido no puede inmiscuirse en ella (o en ellos) sin la voluntad o tolerancia de la mujer; en otro caso, comete un acto ilícito, pudiendo la mujer -- hacer cesar la detentación o el goce que pudiera - tener el marido directamente sobre su patrimonio"- (14).

Esta facultad de la mujer también se dá en la mujer menor de edad ya que después de la Reforma -- conforme al art, 60 la menor de dieciocho años ve-completada su capacidad para administrar mediante-el consentimiento de su padre, madre o tutor - - - (recuérdese que estamos tratando de bienes privatiu

vos de ella).

Pero a pesar de este principio hay una cierta interferencia del marido, quiéralo o no la mujer. La razón está en que los frutos de los bienes parafernales son gananciales (art. 1.401 nº C. civil), y por lo tanto la administración de tales frutos corresponde al marido.

El problema pues consiste en deslindar hasta donde llegan las facultades de la mujer que administra los bienes parafernales en sí mismos, y - hasta donde llegan las facultades del marido que administra los frutos producidos por esos bienes gananciales.

Veremos este problema en el capítulo siguiente al tratar de la posición jurídica de la mujer en esta materia. Aquí, desde el punto de vista del marido creo que procede indicar tan solo :

- Que el marido no puede coartar la libre decisión de la mujer en cuanto a la manera de administrar, por ejemplo si una finca debe ser arrendada o llevada en explotación directa.

- Que tampoco puede el marido exigir la entrega de la totalidad de los frutos que se obtengan

en la administración, sino solamente los beneficios o ganancias obtenidos por la administración, es decir, lo que en términos contables se llama resultados líquidos. Como dice Lacruz, "frutos a estos efectos no son todos los naturales, civiles o industriales que producen los bienes de la mujer, sino la ganancia efectiva". (15). Y en el mismo sentido se manifiesta Puig Brutau (16).

Esta idea contable lleva a la conclusión de -- que del producto bruto de los frutos, la mujer puede deducir las cantidades necesarias para la conservación de los bienes, y aun más para realizar las inversiones necesarias para mantener la rentabilidad y para efectuar las reservas precisas de previsión para inversiones, amortizaciones, valores de reposición. La materia es muy delicada y propicia a producir fricciones en cuanto a marido y mujer, que solamente la buena armonía entre -- ellos puede salvar.

- Que si es difícil delimitar el concepto de gastos deducibles en la explotación, y la libertad de la esposa en este punto puede cercenar el caudal con que el marido cuenta para sostener la fa-

milia, más difícil es la situación y sobre todo -- más cercenado queda el caudal de ingresos si la mujer decide transformar algunos o todos de los bienes parafernales y pasar de un capital productivo en rentas a otro que no las produzca.

Hasta la Reforma de 1.975 la institución de la licencia marital podía solucionar este problema -- pues la mujer no podía sin dicha licencia efectuar la transformación o enajenación, ni la compra de la joya o cuadro artístico correspondiente.

Finalmente y a pesar de cuanto va dicho el marido tiene derecho a percibir esos resultados líquidos de la administración, y por eso decíamos -- que interviene, aun contra la voluntad de la mujer en esta difícil materia que es la administración de los bienes parafernales, si bien se da -- aquí todavía otra limitación, y es la de que ese producto líquido ha de aplicarlo al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1.385 Código Civil), o en todo caso apagar sus obligaciones personales siempre que se pruebe que redundaron -- en provecho de la familia (art. 1.386 C. civil).

En este punto la doctrina expresa que el art.--

1.386 contiene una inversión de la carga de la prueba. En principio para ejecutar bienes gananciales - en general no es necesario probar que las obligaciones que se reclaman redundaron en beneficio de la familia y por ello son de cargo de la sociedad de gananciales (1.408 nº 5 C. civil). En cambio, cuando se quiere ejecutar gananciales que consistan en frutos o rentas de bienes parafernales quien haga la reclamación o exija el pago tiene que probar que la deuda redundó en beneficio de la familia. En este sentido González Enríquez (17), Puig Brutau (18) y Sentencia de 28 de Mayo de 1.940 que a su vez cita las de 30 de Diciembre de 1.915, 24 de Abril de 1.928 y 4 de Marzo de 1.933.

3) Administración respecto a los bienes dotales.

Dado que la dote y el régimen dotal son instituciones en desuso, no obstante su detallada regulación por el Código civil, y dado su futuro problemático, eso justifica que me limite a recoger un resumen de lo que dicen algunos autores, para no dejar incompleta esta materia.

Según el Código civil art. 1346 será estimada la dote "si los bienes en que consiste se evaluaron al tiempo de su constitución transfiriendo el dominio al marido y quedando éste obligado a restituir el importe" ; y será inestimada "si la mujer conserva el dominio de los bienes, hallándose o no evaluado, quedando obligado el marido a restituir los mismos bienes".

El marido (que es lo que ahora estamos viendo)-tendrá respecto a la dote estimada la propiedad,- el dominio ; "se disuelven en su patrimonio" como dice Lacruz (19) los bienes dotales.

El marido pues, respecto a la dote estimada es el propietario administrador, y le corresponden - los frutos de estos bienes (aunque para soportarlas cargas del matrimonio, art. 1.364) en el caso de que no hubiera sociedad de gananciales ; en este caso los frutos irían a ésta.

Si la dote es inestimada le corresponde por declaración del art. 1.357 la administración y el - usufructo. Sin embargo como advierte Castán "las-

facultades que ostenta el marido sobre la dote -- inestimada exceden de las correspondientes a un administrador y usufructuario propiamente tal, ha biéndose llegado por alguno a considerarlas como la emanación de un derecho unitario sui generis de carácter familiar y absoluto, como una especie de dominium civile, cuyo titular, el marido se halla equiparado a un poseedor de buena fé, art. 1.368- (20).

Y así continua Lacruz diciendo "el art. 1.357- intenta describir, con escasa fortuna, el conteni do de un derecho unitario específico sobre los -- bienes dotales : lo que los antiguos llamaron el dominium civile o el exercitium propietaris. Este derecho tiene como carácter específico, su natura leza familiar. No constituye una situación patrimonial del marido cuanto un oficio en interés de la familia; de ahí que pueda pasar en determinadas situaciones a la mujer, (art. 1.441) y en cambio sea irrenunciable e intransmisible (art. 108-L.Hip.); a la vez que derecho es un deber. De ahí también que el marido no pueda compararse con el administrador extraño de un patrimonio ajeno, ni-

con un simple usufructuario;^{la/} dote es un patrimo--
 nio destinado al mantenimiento de la familia, y -
 el marido, como jefe de la misma, la gobierna con
 libertad, si bien con el criterio de un diligens-
 pater familias. Su derecho-deber (del marido) no-
 puede limitarse a los actos de simple administra-
 ción -no es eso lo que quieren significar los - -
 arts. 59 y 1.412- o a la exclusiva percepción de-
 los frutos; se asemeja al goce y administración -
 inteligentes de un propietario" (21).

3.1) En cuanto a la administración.

Como advierte Castán (22) en cuanto a la admi-
 nistración de la dote inestimada se puede discu--
 tir si el poder del marido sobre los bienes de la
 dote inestimada debe ser concebido como la simple
 suma de los derechos de administración y usufruc-
 to, o por el contrario, como un derecho unitario-
 sui generis de carácter familiar. Pero en cual---
 quier caso, hay que convenir que el régimen de la
 administración y usufructo de la dote inestimada-
 difiere y excede del régimen normal de la adminis-
 tración y usufructo de bienes ajenos; Castán, ci-

tando a Sánchez Román dice, que el marido es el - administrador legal de los bienes que constituyen la dote inestimada, a título de gestor y jefe de la sociedad conyugal. Esta administración supone algunos problemas en orden a la extensión de los poderes del marido y a la validez del pacto por el que se prive al marido de dichos poderes.

Antes de entrar en estos problemas se hace precisa la siguiente aclaración : la administración en esta materia se emplea en el sentido usual de gestión, explotación y conservación de los bienes.

La contraposición entre acto de administración y -- acto de disposición tan difícil, se hace luego a propósito de los bienes gananciales y como base para explicar el contenido del art. 1.413 -- del Código Civil.

Respecto a la extensión de las facultades o poderes del marido, el art. 1.357 no es muy conciso solo dice que es el administrador "con los derechos y obligaciones anexos a la administración y el usufructo, salvo las modificaciones expresadas en los arts. siguientes", parece que en prin-

cipio hay que entender siguiendo a Castán (23) que dentro de la administración se comprenden los derechos y facultades simplemente conservativos. Pero estos poderes del marido se amplían en virtud de las facultades que le corresponden en cuanto poseedor de buena fé, respecto a las expensas y mejoras del art. 1.368, y en virtud del poder que ostenta sobre determinados bienes muebles, aspectos que veremos después.

En relación con los actos jurídicos de administración es claro, como dicen Lacruz y Albaladejo -- "que el marido puede realizarlos por sí solo y que la mujer debe abstenerse de toda ingerencia en la administración de la dote"(24). En particular, según los mismos autores, rigen las siguientes reglas :

1) El marido en cuanto administrador provisto de amplios poderes puede interponer cualesquiera acciones destinadas a defender la posesión o el goce, o relacionadas con la administración de la cosa dotal.

En cuanto a las demás acciones reales --según -- Castán la cuestión era discutida antes de la reforma

ma de 1,975. Después de la reforma, abolida la representación legal que al marido otorgaba el art.-60 y reformado el art. 1.383 en un sentido que Castán considera "que dificultosamente puede apoyar - la interpretación a contrario" hay que concluir como dice el citado autor" que a la mujer corresponde el ejercicio de las demás acciones reales sobre las cosas dotales sin licencia de su marido"(25).

2) El marido puede exigir judicialmente el pago de los créditos dados en dote (y es de suponer, de los créditos producidos por razón de dote) y puede también cobrarlos extrajudicialmente, sin consideración a si ha prestado o no garantía (por el contrario, art. 507 relativo al usufructo ordinario)-aunque luego pueda exigírsele. Es más, este derecho del marido es, a la vez, dado su situación de administrador, un deber (art. 1.375) (26).

Esta opinión era defendible antes de la reforma de 1.975, cuando el art. 60 del Código Civil constituía al marido en representante de su mujer al menos en la esfera judicial. Hoy día me parece dudoso. Aun cuando se trate de un crédito simple no garantizado con hipoteca u otro tipo de garantía -

real, el tal crédito por su carácter dotal inestimado tiene que estar a nombre de la mujer, y por lo tanto no vemos posible que el marido pueda exigir judicialmente su cobro. Había de ser la mujer, o en todo caso el marido con poder de su mujer - - (art. 63 Código Civil).

Igual regla creo que hay que aplicar al cobro - extrajudicial.

Por eso mismo considero poco segura la indicación que sigue diciendo Castán de que el marido podía consentir la cancelación de las hipotecas constituidas en garantía de créditos dotales inestimados. A la vista del art. 63 del Código Civil, y supuesto que la hipoteca estará inscrita a nombre de la mujer no se ve claro que pueda el marido otorgar la cancelación.

Distinto es el matiz de que el marido pueda cobrar los intereses que produzcan esos créditos dotales inestimados, pues al fin y al cabo son frutos civiles (art. 355 C. civil). Y también el de que esté obligado el marido a efectuar dicho cobro, como acto de un administrador diligente, y así mismo obligado a evitar en cuanto de él dependa que -

perjudique el principal del crédito, por prescripción u otra causa. Y a esto creo que es a lo que se refiere el art. 1.375 del Código Civil. No a que pueda cobrar el principal.

3)- El marido no podrá dar en arrendamiento por más de seis años sin el consentimiento de la mujer bienes inmuebles de la dote inestimada. En todo caso se tendrá por nula la anticipación de rentas o alquileres hecha al marido por más de tres años (art. 1.363).

Este precepto, que concuerda con el art. 2º 5 de la Ley Hipotecaria y en su primera parte con el derogado art. 1.548 C.c., constituye una excepción al art. 480, que demuestra, dicen Lacruz y Albaladejo, como el marido posee un derecho de administración independiente de su condición de usufructuario.

Cuando la mujer que deba dar el consentimiento para un arriendo superior a seis años sea menor, su capacidad se completará en la misma forma que para las enajenaciones.

El arriendo por plazo superior a seis años, es anulable.

Están legitimados para impugnarlo la mujer o -- sus herederos, más solo llegado el caso de restituir la dote. Lo mismo cabe decir de la anticipación de rentas o alquileres cuando -cualquiera que sea la duración del arriendo- exceda los tres años. Si el contrato ha sido celebrado por tiempo definible, pero no definido, tampoco el arriendo puede durar más de los dichos seis años (Sentencia de 2-de Julio de 1.924).

Validez del pacto por el que se priva al marido de la administración.

Según Castán (27), antes de la reforma de 1.975 Manresa opinaba que al marido no se le podía privar de la administración de los bienes dotales por que ello equivalía a cambiar la naturaleza de dichos bienes. Por el contrario Lacruz opinaba que -sí, fundandose en que nada se opone a la licitud - de la estipulación, ya que la Ley concede amplia - libertad de pacto en esta materia; pero en este caso la dote pierde su naturaleza, y se convierte en una masa de bienes sui generis por cuanto solo sigue la regulación propia de la dote en lo referen-

te a su responsabilidad y disposición, y, en régimen de separación, en lo relativo al usufructo, teniendo en todos los demás extremos la consideración de bienes parafernales; no parece -decía Lacruz- (citado por Castán) que tratándose de pactos perfectamente inocuos pueda prohibirse su otorgamiento; la Ley nada opone a que ciertos bienes - sean parafernales en parte de su regulación y en otro dotales.

Después de la reforma hay que tener en cuenta - según Castán que el nuevo art. 59 está redactado - en términos de mayor generalidad que el derogado, - pudiendo observarse cierta falta de concordancia - con el art. 1.357, y, por otro lado, los nuevos -- arts. 1.441 y 1.443 se encargan de precisar que la administración de los bienes del matrimonio y de - la dote pasa a la mujer "por ministerio de la Ley, y cuando los Tribunales lo ordenaren", de donde se deduce que queda a salvo el acuerdo de las partes.

3.2) En cuanto al usufructo.

En cuanto al usufructo de la dote inestimada es según Lacruz y Albaladejo "simplemente una indica-

ción del derecho del marido a percibir los frutos," "así como una justificación de la aplicabilidad de parte de las normas del Código Civil sobre el usufructo proclamada en el propio cuerpo legal" (28).

El marido, como usufructuario de los bienes que constituyen la dote inestimada, tiene los derechos y obligaciones anexos al usufructo en general, en cuanto no se opongan a los principios y disposiciones especiales del Código civil y de la Ley Hipotecaria en materia de dote.

Son dignas de señalar, según Castán (29), las - desviaciones siguientes al usufructuario normal :

a) El marido no viene obligado a prestar la fianza de los usufructuarios comunes, pero sí que está obligado a cumplir lo que señala el resto del art. 1.358.

b) En cuanto al inventario, sí que debe de formarlo, art. 491-I en relación con el art. 1.357, - pero lo normal, es que esta obligación quede suplida por deber constar en escritura pública o judicialmente la existencia de los bienes dotales para que se produzcan los efectos plenos de la constitución dotal.

c) Corresponden al marido los frutos naturales-- ó industriales de los bienes dotales inestimados-- desde que se alzan o se-paran, y los civiles desde que se devengan,(art. 451 y por analogía art. 1401, III).

Los frutos de la dote habiendo sociedad de ga-- nanciales pertenecen a esta sociedad, (y no al ma- rido); por el contrario, no habiendo sociedad de - gananciales, el usufructo de la dote corresponde - al marido aunque siempre (art. 1.364) con aplica-- ción a las necesidades y cargas matrimoniales que- el marido está obligado a atender; sería preferi-- ble a juicio de Lacruz (30) que el marido solo ad- quiriera los frutos cuando realmente sostuviera -- las cargas del matrimonio, dejando de percibirlos- en otro caso, pero a la vista del Código civil es- difícil justificar esta solución.

Debe entenderse pues, que a falta de precepto - expreso como el art. 1.386 relativo a los frutos - de los parafernales, los de los bienes dotales - - inestimados responden normalmente, como bienes ga- nanciales, que son y con arreglo al régimen propio de los mismos, de todas las obligaciones del mari-

do.

d) Otra diferencia fundamental con el usufructo viene dada por el art. 1.368, a cuyo tenor "el -- abono de las expensas y mejoras hechas por el marido en las cosas dotales inestimadas se regirá -- por lo dispuesto con relación al poseedor de buena fé".

Se prescinde aquí, como dice Lacruz "de la severa regulación del usufructo: el marido puede variar el destino económico de las cosas dotales, -- desmontar un terreno inculto o destinado a bosque, dedicándolo a la agricultura; variar el cultivo -- del que se haga en explotación; reconstruir; construir nuevos edificios o sobrevolar los antiguos; activar o abrir nuevas fuentes de agua, canteras, minas, etc.; todo ello no solo sin la voluntad, -- sino incluso contra ella. La mujer, solo cuando -- el marido contravenga los criterios de una buena-administración, perjudicando la integridad de los bienes usufructuados sobre los que no puede disponer, podrá instar la adopción de medidas destinadas a mantener tales bienes en su integridad, medidas que regularmente, habrán de ser las propias

de usufructo, aplicadas aquí por analogía" (31).

e) No obstante los términos del art. 480, el usufructo que corresponde al marido sobre los -- bienes de la dote inestimada no es enajenable ni hipotecable (art. 108, nº 2 de la Ley Hipoteca-- ria).

Sin embargo, según Lacruz, no parece haya "dificultad en que con el consentimiento de ambos -- cónyuges, se constituyan, sobre los bienes dota-- les, derechos reales limitados que afecten más o menos profundamente a la facultad de goce del ma rido: incluso un derecho de usufructo" (32).

Además de las facultades de administrar y usu fructuarla dote inestimada corresponde al marido la de consentir las enajenaciones que de estos -- bienes quiera realizar la mujer. Esta materia la veremos después a propósito de los efectos del -- matrimonio que afectan a la mujer en cuanto a -- sus bienes propios.

También se verá entonces la posibilidad de -- que se efectúen por el marido directamente algu-- nas enajenaciones de bienes muebles inestimados.

4) Administración en cuanto a los bienes gananciales.

Vamos a tratar a continuación someramente, de las facultades del marido relativas a los bienes gananciales, primero en cuanto a su administración, y segundo en cuanto a su disposición.

4,1) En cuanto a la administración.

El art. 1.412 del Código civil establece : "el marido es el administrador de la sociedad de gananciales, salvo lo dispuesto en el artículo 59", en principio pues, salvo estipulación en contrario, la sociedad de gananciales es administrada por el marido.

Nos encontramos aquí con un concepto harto difícil de precisar ; por más que el Derecho Civil nos hable constantemente de administrar, administración, gestión, en ningún lado sin embargo define la noción, quizás como dice Gitrama "eludiendo el vértigo de su propia dificultad". (33)

Normalmente el legislador al acto de administración opone el de disposición, pero ¿qué contor

nos le da a la administración? : unos contornos no muy bien definidos, unos límites elásticos, unas veces más amplios y otras más restringidos, de ahí la dificultad de dar un concepto unitario.

Como no vamos a alargarnos en el estudio del acto de administración, (para su estudio ver Gitrama, Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XIX, págs. 335 y siguientes), basta con dar un par de definiciones para hacernos una idea de lo que se suela entender normalmente por administrar.

Define el propio Gitrama el acto de administración como "todo acto jurídico que recayendo sobre un bien determinado o sobre un conjunto patrimonial de elementos igualmente individualizados, -- tiende ya a la explotación normal de los mismos, -- ya a la percepción y utilización de sus productos -- sin comprometer en modo alguno el valor, la individualización y la permanencia de dichos bienes en el seno del patrimonio en que se integran".(34)

Y según Alvarez Bejiga en sentido estricto y referidos a los bienes comunes del matrimonio los actos de administración son aquéllos que tienden a -

conservar y mejorar mediante su adecuada explotación, utilización o empleo el patrimonio conyugal, obteniendo el mayor aprovechamiento o disfruta posible de los bienes que lo integran". (35)

. Como consecuencia de esta administración que se reconoce al marido, Royo, citado por Castán, considera que el marido podrá "realizar por sí toda clase de actos y negocios de administración respecto de los bienes gananciales, tanto los enumerados en el art. 1.401, como los que hayan de ser considerados gananciales por virtud de la presunción del art. 1.407. Puede el marido adquirir bienes a través de inversiones de otros bienes de la sociedad gananciales, celebrar contratos de arrendamiento u otros enderezados a la obtención de frutos o rentas, hacer reparaciones y mejoras en los bienes gananciales o en los privativos de los cónyuges y comparecer por sí en juicio para demandar o defenderse en los pleitos que se suscitaren en relación con los bienes gananciales". (36)

Los poderes del marido puede decirse que exceden a los de un administrador ordinario; tiene la facultad de disposición sobre los bienes ganancia-

les como veremos a continuación, y no tiene la obligación de rendir cuentas, no está obligado a respetar la sustancia de la cosa en la medida de un usufructuario, y así puede : mudar el destino económico de la cosa, transformar en bosque una plantación, o en regadío un terreno de seco. Siempre en cualquier caso debe conducirse civiliter, frente a los bienes comunes, y no puede destruir o deteriorar, - por extensos que sean sus poderes, pues hay que tener en cuenta que administra en nombre de la familia y en su interés, no en su propio beneficio.

El marido como dice Castro "no está facultado... para administrar en perjuicio de la mujer o de la sociedad de gananciales ; limitación que aumenta de intensidad al no poder actuar de modo que ponga en peligro el patrimonio familiar, so pena de sufrir - la interdicción por prodigalidad (art. 222)."(37)

Lo que no ofrece duda, es que el marido, como - administrador de la sociedad de gananciales, puede comprar para la comunidad conyugal, y en general, - realizar cualquier adquisición a título oneroso por consecuencia de la cual queda obligada la sociedad-conyugal. Cosa que como veremos después, la doctri-

na discute en relación a la esposa ya que no es administradora de la sociedad conyugal y no puede -- obligar a sus bienes por declaración del art. 1.416.

En síntesis el marido después de la Reforma de 1975 tiene en orden a la administración de la sociedad de gananciales las mismas facultades que tenía antes de la Reforma. Y así dice Sanz Fernández " -- Las facultades del marido como administrador subsisten sin alteración alguna, ya que la reforma no ha tocado ni directa ni indirectamente ninguno de los preceptos que la regulaban" (38).

Esto ha producido una falta de armonía con el -- sentido de la Reforma de conceder plena capacidad a la mujer casada y de equipararla al marido. No hay tal equiparación dentro de la sociedad de gananciales, sino que el gobierno y administración de los bienes gananciales siguen encomendados al marido. Y como de hecho en los territorios españoles de derecho común la inmensa mayoría de los matrimonios están sujetos al régimen de gananciales y apenas si existen en ellos bienes privativos para esa inmensa mayoría, la Reforma ha tenido escasa transcendencia.

El problema es de gran importancia, pero es también de una gran dificultad. La equiparación entre marido y mujer dentro de un régimen de comunidad -- aún restringida como es la de gananciales llevaría a la conclusión lógica de que la administración -- sea conjunta, que para los actos de administración de los bienes gananciales se precise el consentimiento entre los dos cónyuges.

Esto ya lo ha dicho Fosar Benlloch : "En la -- práctica, como agudamente han apreciado muchos autores, los regímenes de comunidad se coordinan mal con el principio de plena capacidad de la mujer casada y con el principio de igualdad de los sexos -- en el matrimonio, pues difícilmente otorgan iguales poderes a la mujer y al marido, lo que obligaría a una gestión mancomunada - lo que sería impracticable - o solidaria - lo que podría llevar a la anarquía en el manejo de los bienes comunes". - (39)

Para evitar estos defectos la solución puede -- ser establecer como principio la administración -- mancomunada y señalar como excepciones una serie -- de casos en los que baste el consentimiento de uno

solo de los cónyuges, al objeto de poder atender a la marcha normal de las necesidades familiares, y atender también a la seguridad en el tráfico jurídico. Pero esta solución tiene el defecto del casuismo y de que en el fondo hace desaparecer de hecho el supuesto principio de la administración mancomunada.

De no admitir la administración conjunta, la solución se encamina hacia los regímenes de separación.

La separación de bienes parece a primera vista aceptable, pues concede a cada cónyuge esa libertad e independencia en el manejo de sus bienes por la que se aboga con la equiparación. Además, se dice, si el matrimonio está bien avenido, los cónyuges irán distribuyendo las adquisiciones a nombre de uno y de otro de manera equitativa, es decir -- practicarán una distribución por mitad de las ganancias como postula la sociedad de gananciales y donde radica la mayor ventaja de ésta. Y si el matrimonio no está bien avenido el régimen de separación es ideal pues ya tiene cada uno de los dos la libertad deseada.

Pero queda en pié la posible injusticia de que el cónyuge dedicado al hogar no participe en las ganancias y en los negocios que desarrolla solamente el otro cónyuge. No estando el matrimonio avenido este inconveniente es realmente grave.

Esta solución de establecer como régimen normal, diríamos como legal supletorio el de separación de bienes no debe ser tan perfecto. Sans Fernández expone como algunas legislaciones extranjeras que habian acogido inicialmente el régimen de separación como medio único de conseguir la igualdad han vuelto luego a los regímenes de comunidad. (40)

Podría verse una solución en el llamado régimen de participación. Según este sistema, y muy en síntesis, el matrimonio funciona en materia de bienes como si existiese separación con plenas facultades cada cónyuge respecto a aquéllos bienes que estén a su nombre ; pero al disolverse el matrimonio cada uno de ellos tiene derecho a percibir la mitad de las ganancias del otro.

Creo que esta solución (que sigue el derecho Alemán vigente), armoniza la independencia de ad-

ministración con una justa distribución de las ganancias.

Un examen más amplio del régimen de participación puede verse en el estudio de Díez Picazo "Capacidad de la mujer casada y economía conyugal" publicado en el Anuario de Derecho Civil, tomo --- XXVIII, Octubre-Diciembre 1975, fascículo IV, Pgs. 859 y sig.

4.2.- En cuanto a la disposición.

Los poderes del marido relativos a la masa ganancial no son solo los de administrarla, sino además los de poder disponer de ella, aunque aquí, -- después de la reforma de 1958 se le recortaron algo sus facultades casi omnímonas sobre ellos.

El precepto fundamental que rige en esta materia en situaciones normales es el art. 1.413, modificado por Ley de 24 de abril de 1.958, que dice - "El marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar a título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales ; pero necesitará el consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial a soli

cidad fundada del marido y del modo previsto en el párrafo siguiente, para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles.

Cuando el marido venga efectuando actos dispositivos sobre bienes no comprendidos en el párrafo anterior que entrañen grave riesgo para la sociedad de gananciales, podrá el Juez de Primera Instancia, a solicitud fundada de la mujer, oyendo a su consorte y previa información sumaria, adoptar aquéllas medidas de aseguramiento que estime procedentes.

En todo caso, no podrán perjudicar a la mujer - ni a sus herederos, los actos de disposición que - el marido realice en contravención de éste Código - o en fraude de la mujer, sea cual fuere la condición de los bienes afectados".

Y nos volvemos a encontrar aquí ante otro concepto que al igual que el de administración es ambiguo, ¿Qué se entiende por disposición?, En principio los actos que excedan de la administración. Pero convendría precisar algo más, y así Gitrana - define los actos de disposición como los que "provocan una modificación, una notoria alteración en-

la substancia de un patrimonio disminuyéndolo o sometiéndolo a un riesgo, a un peligro. Implican una cierta arbitrariedad en quién los realiza, lo que a su vez viene a exigir un máximo de poder, de atribuciones, de prerrogativas a su respecto ; cabalmente, las que corresponden al dominus, al propietario, que es el único que puede comprometer el valor, la individualización y la permanencia de los bienes en el seno del patrimonio". (41)

Y Alvarez Bejiga considera actos de disposición en sentido estricto, y con referencia a los bienes gananciales : "los que producen inmediatamente la pérdida de un bien de la comunidad conyugal mediante su transmisión o gravamen". (42)

Pues bien, es el marido el que tiene la facultad de disposición de los bienes gananciales por determinación de la Ley, aunque con ciertas limitaciones, a tenor de los arts. 1.413, 1.409 y 1.415.

Antes de entrar en el estudio de los poderes concretos del marido en relación con su potestad de disposición, conviene que reparemos en que la dificultad de determinación del concepto de disposición se pone de relieve en este art. 1.413, por-

que se duda si la frase "acto de disposición" está empleada con un sentido único y con la misma extensión en los tres párrafos del 1.413. De ser así -- nos encontraríamos con que la mujer estaría indefensa frente a los actos del marido que no excedieran de la mera administración aunque entrañasen -- grave riesgo para la sociedad de gananciales o fuesen ilegales o fraudulentas, con lo que su situación sería peor que en el derecho derogado.

Por ello Rodríguez Adrados critica el cambio experimentado en el art. 1.413 de la antigua expresión "enajenación o convenio" por la de "actos de disposición", diciendo que esta corrección es -- equivocada, y que por vía de interpretación hay -- que salvar el error cometido aquí por el legislador. (43). En igual sentido Lacruz considera que -- el art. 1.413 habla de acto de disposición en su -- primer párrafo en sentido distinto a los restantes. (44)

Sobre este problema haré alguna indicación a lo largo de las páginas que siguen.

En principio el Código civil reconoce al marido la facultad de disponer de los bienes gananciales--

por actos entrevivos (es obvio que -- mortis causa solo podrá disponer por testamento de su mitad de gananciales, art. 1.414), pero este poder del marido no es discrecional y absoluto sino reglado y limitado.

Los poderes y limitaciones podemos estudiarlas en dos grupos, según se trate de bienes muebles o inmuebles.

4.2.1) Disposición de bienes muebles.

Es indispensable distinguir las disposiciones a título gratuito y las título oneroso.

A) Disposiciones de bienes muebles a título -- gratuito.

La regla general es la de que el marido no puede disponer de estos bienes por si solo. Así resulta del art. 1.413 del Código civil, que en su párrafo primero le concede facultades para enajenar solamente a título oneroso.

Esta regla tiene dos excepciones previstas en el mismo Código que enseguida veremos. Pero fuera de los casos comprendidos en ellas, el marido no -

puede enajenar bienes muebles gananciales a título gratuito por sí solo.

Necesita por lo tanto el concurso de su mujer.- Esta voluntad de la esposa no es el mero consentimiento o asentimiento de que nos habla el mismo - art. 1.413 para otros casos, consentimiento que veremos más ampliamente. Es algo más. Es un consentimiento negocial, es que la mujer efectúa el acto - gratuito, lo otorga por sí misma al mismo tiempo - que el marido. Tales actos gratuitos entrañan una verdadera codisposición de ambos cónyuges. -

El problema consiste en determinar el valor del consentimiento de la mujer a estos actos, determinar si tales actos efectuados por el marido sin -- consentimiento de la mujer son válidos o nulos.

Manresa admitió la validez de tales donaciones - fundado en el párrafo segundo del artículo 1.419, - según el cual "también se traerá a colación el importe de las donaciones y enajenaciones que deban considerarse ilegales o fraudulentas, con sujeción al artículo 1.413". El Código, viene a decir Manresa, equipara las donaciones ilegales con las fraudulentas y para ambas sienta el principio de que -

el perjuicio que con ellas se irroga a la mujer, -- deberá ser reparado en la liquidación de ganancia-- les ; y solamente, si llegado ese momento no hubie-- ra bienes bastantes para compensarla, será posible-- pedir la nulidad. (44/1)

La opinión común, por el contrario es la de que-- tales donaciones pueden ser impugnadas por la mujer sin necesidad de esperar a la disolución y liquida-- ción de la sociedad, y que solamente en el caso de-- que no se impugnaren, o se impugnaren sin éxito es-- cuando se traerá a colación el importe, conforme al párrafo segundo del 1.419.

Sin embargo no son unánimes las opiniones en -- cuanto al tipo técnico de ineficacia.

Para Escrivá de Romaní tales donaciones serian -- nulas de pleno derecho (44/2). También Sanz Fernán-- dez cree que el consentimiento de la mujer no es un mero asentimiento y su falta produce la nulidad ple-- na y absoluta del acto realizado (44/3).

La Sentencia de 30 de octubre de 1956 declaró -- que una venta de gananciales hecha por el marido -- era simulada y envolvía una donación, y ésta, por -- estar hecha sin consentimiento de la mujer era nu--

la.

Cámara entiende que el art. 1.419, invocado por Manresa no impide a la mujer impugnar y atacar, -- constante el matrimonio las donaciones efectuadas por su marido ; pero cree que no se está en presencia de una nulidad radical absoluta e insubsanable, sino más bien un tipo de ineficacia relativa, frente a la mujer, en cierto modo similar a la decretada por el art. 1.259, pero no igual porque el marido al donar, dona sobre un bien en el que tiene ya derechos, un bien ganancial, y no actúa en representación de su mujer. Como el marido carece de facultades dispositivas concluye Cámara no es posible hablar aquí de plazo de caducidad (44/4).

El art. 1.419 párrafo segundo no es obstáculo -- según Cámara que impida a la mujer impugnar las donaciones del marido sin su consentimiento, porque tal artículo se refiere únicamente al momento de la liquidación de gananciales, y la colación en él ordenada sólo entra en juego si no es ya posible -- pedir la nulidad de la donación, o sin que llegado el momento de efectuar la liquidación la mujer haya impugnado el acto del marido.

La colación e imputación en la parte del marido del importe de la donación es un remedio que Cámara califica de subsidiario, facultativo y preferente.

Es subsidiario porque procede cuando no es posible mediante la declaración de nulidad obtener la devolución de los bienes donados o de su valor.

Es facultativo porque la mujer puede haber obtenido por ejercitar la acción de nulidad, y aún cree Cámara que llegada la disolución de la sociedad de gananciales la mujer puede optar entre ejercitar la acción de nulidad que conserva o exigir que el inventario se adicione con el importe de la donación ilegal, para imputar ese importe al haber del marido o de sus herederos.

Pero también Cámara la califica de preferente porque entiende que si llega el momento de la liquidación de la comunidad sin haber ejercitado la nulidad "debe resarcirse preferentemente a costa del caudal en liquidación, y sólo en la medida en que éste no le ofrezca una satisfacción completa - podrá dirigirse contra el donatario". Así opina Cámara por entender que con la colación - imputación

es suficiente para resarcir a la mujer del perjuicio sufrido, la donación queda firme, y se evita también que la nulidad de la donación redunde en beneficio del marido o sus herederos (4/5).

Los efectos económicos no son iguales. Con la colación-imputación la mujer se resarce del importe de lo donado. Con la nulidad se traería al inventario la cosa con sus frutos; o si no fuera posible, el valor de la cosa con sus intereses -- (art. 1.307 del C.c.).

La donación no es totalmente nula, concluye Cámara, sino solo ineficaz frente a la mujer. Esta no puede exigir que se le adjudiquen los bienes donados, sino que una vez disuelta la sociedad de gananciales su derecho se agota con la inclusión de los bienes donados en la masa partible. No repugna a la ineficacia, que los bienes se incluyan en el lote del marido, con lo que cabe sostener -- que en tal caso el donatario a quien se anuló la donación, podrá pedir al marido o sus herederos -- la entrega de dichos bienes donados. (o su valor -- si no están los bienes en el lote del marido, pero hay otros), pues la donación no es plenamente nula, sino solamente lo es frente a la mujer.

Las dos excepciones antes indicadas, en que el marido puede disponer por sí solo a título gratuito de bienes muebles gananciales, son :

1ª) Para dar colocación o carrera a los hijos comunes (art. 1.415 I en relación con el 1.409) ; y

2ª) Para hacer donaciones moderadas para objetos de piedad o beneficencia (art. 1.415 II).

En ambos supuestos puede disponer por sí solo sin precisar el consentimiento de su mujer.

Dos puntos conviene tocar aquí : el primero relativo a los bienes de la sociedad de gananciales con que el marido va a dar colocación o carrera a los hijos comunes o va a hacer las donaciones para objetos de piedad o beneficencia. Ni el art. 1.409, ni el art. 1.415 dicen con qué clase de bienes se va efectuar estas donaciones. Pero si ponemos estos arts. en relación con el art. 1.413 I nos encontramos con que el marido sólo podrá disponer de los bienes muebles ; porque para disponer de los inmuebles, aún para estos supuestos excepcionales, necesitaría el consentimiento de su mujer. - Si no fuera así, por vía de las donaciones moderadas para objetos de piedad o por vía de colocar o dar carrera a los hijos comunes el marido podría burlar el art. 1.413 I y enajenar bienes inmuebles sin el consentimiento de su mujer.

Y el segundo punto es que la Ley se preocupa de --

puntualizar en el caso del art. 1.415 II que las donaciones han de ser moderadas, pero guarda silencio con respecto al art. 1.409. La Ley no especifica que hayan de ser moderadas las cantidades para colocación o carrera de los hijos comunes y por lo tanto no se aplicará este concepto, pero tal vez la mujer pueda negarse a un gasto que encuentre -- desproporcionado para el haber conyugal solicitando las medidas de aseguramiento del art. 1.413 II -- siempre "que entrañen grave riesgo para la sociedad de gananciales".

De aplicarse este art. 1.413 II parece que solo podría la mujer solicitarlo como medida para el futuro y mientras dure el matrimonio, esto es, para evitar que el marido gaste en adelante sumas desproporcionadas en dar colocación o carrera a hijos comunes; pero si lo que la mujer quiere es impugnar gastos cuantiosos ya realizados parece que la norma a aplicar en este caso sería el art. 1.413 -- párrafo tercero, y tal vez habría que esperar a la disolución del matrimonio.

El art. 1.415 párrafo segundo permite al marido hacer donaciones moderadas para objetos de piedad-

o beneficencia.

Respecto del alcance del calificativo de moderadas ya hemos hecho alguna indicación a propósito de las donaciones entre cónyuges. Creo indudable que la facultad que el párrafo segundo del art. 1.415 concede al marido hay que ponerla en relación con la fortuna ganancial.

El párrafo segundo del art. 1.415, observese, solamente habla de que las donaciones moderadas lo sean para finalidades piadosas o de beneficencia. No admite de modo expreso otras donaciones moderadas que son usuales, bien a personas de la familia bien a extraños, tales como regalos de boda u otras atenciones sociales. Recuerdo que estamos considerando la donación módica hecha solo por el marido.

Esta clase de donaciones son muy frecuentes en la práctica, aunque es preciso reconocer que de ordinario existe consentimiento expreso o tácito de la mujer, e incluso suele ser ella la que efectúa el regalo de conformidad con su marido.

El asunto no es propio para que produzca reclamaciones judiciales. Con todo, se hace duro pensar

que pudiera la mujer impugnar una tal donación hecha por el marido (o viceversa). Y pienso si sería posible hallar una base para la validez de tales donaciones en el art. 66 del Código civil, pues entre las necesidades ordinarias de la familia puede muy bien verse la necesidad de hacer algunos regalos de tipo social conforme al uso de lugar y las circunstancias y posición de la familia.

B) Disposición de bienes muebles a título oneroso.

Según el art. 1.413 par. 1º "el marido... podrá enajenar y obligar a título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales". Como el art. dice -- "bienes" sin especificar si son muebles o inmuebles, se comprenden tanto unos como otros, salvo -- la excepción para inmuebles que después veremos.-- Luego el poder del marido se extiende a poder disponer, en general, de los bienes muebles del consorcio a título oneroso.

No hace falta resaltar la transcendencia de estas facultades del marido. En la categoría de muebles están los títulos valores, participaciones en

sociedades personificadas, dinero, joyas, etc.; en una palabra bienes de gran importancia económica.

Precisamente para corregir la desviación de poder que pueda darse efectuando enajenaciones de estos bienes muebles, el mismo art. 1.413 en su párrafo segundo dice : "cuando el marido venga -- efectuando actos dispositivos sobre bienes no comprendidos en el párrafo anterior que entrañen graves riesgos para la sociedad de gananciales, podrá el Juez de Primera Instancia, a solicitud fundada de la mujer, oyendo a su consorte y previa información sumaria, adoptar aquellas medidas de aseguramiento que estime procedentes."

Este párrafo II del art. 1.413 se refiere a -- bienes muebles, ya que en el inicio del mismo se advierte que se trata de "actos dispositivos sobre bienes no comprendidos en el párrafo anterior", -- y el párrafo anterior se refiere a inmuebles y establecimientos mercantiles.

Según ese precepto, el Juez de Primera Instancia a solicitud fundada de la mujer, adoptará las medidas oportunas de aseguramiento.

Un primer punto que se puede tocar aquí es el --

de si la mujer solo puede pedir esas medidas de -
aseguramiento cuando se trate de actos de disposi-
ción, o también cuando se trate de actos de admi-
nistración; si el legislador limitó la demanda a-
los actos dispositivos, o si su intención fué que
siempre que supusieran grave riesgo para la socie-
dad de gananciales los actos del marido, fueran -
dispositivos o de administración, podría la mujer-
solicitar las medidas de aseguramiento.

Una posición podría ser la de entender que el-
legislador con la reforma de 1.958 que modificó -
el 1.413 trató de solucionar la situación de inde-
fensión de la mujer respecto a los bienes ganan-
ciales. Debería pues este párrafo referirse tanto-
a los actos dispositivos como de administración -
del marido. Pues es verdad que los dispositivos -
entrañan más grave riesgo para los bienes comunes
pero los de administración también pueden suponer
un grave perjuicio para el consorcio si no se ad-
ministra bien.

Este sentido es el que parece acepta Lacruz -
que dice que "este precepto se proyecta hacia el-
futuro; y está destinado a impedir, en adelante,-

el peligro en que pueden poner al patrimonio ganancial ciertos actos del marido (tanto de prodigalidad como de simple administración desacertada), y ello mediante la adopción de medidas preventivas, y no mediante la rescisión de los negocios jurídicos anteriormente celebrados" (45).

Otra posición en cambio sería la de entender - que en el párrafo segundo del art. 1.413 no cabe incluir los actos de administración desacertada. Y esto por una razón jurídica y otra económica.

En cuanto a ésta porque no es posible estar -- acudiendo al Juez a cada momento; porque el Juez difícilmente podría resolver sobre cuestiones económicas de futuro (conveniencias de suscribir o -- no aumentos de capital en cada momento, de talar-arboleda, de cambiar cultivos etc.); porque en fin el acierto o desacierto económico no debe referirse a un acto aislado, sino a una conducta en su -- conjunto, mantenida en el tiempo, lo que nos sitúa ya, dentro, o por lo menos en los linderos -- del terreno de la prodigalidad.

Y en el orden jurídico porque el párrafo segundo del art. 1.413 supone a todas luces una res--

tricción en el obrar del marido, una limita---
ción. Las limitaciones han de ser ententidas -
restrictivamente. Y con esta regla de inter---
pretación se aviene mal el considerar que don-
de dice "actos dispositivos", pueda leerse "ac-
tos de administración".

Esta segunda posición lleva a que en los su-
puestos de administración desacertada solamen-
te cabría pedir la declaración de pródigo del-
marido, si tan desacertada es que merece ese-
calificativo.

Superando ambas posturas, existe la de Cas-
tro y Cámara que centran el problema en la fra-
se legal "cuando el marido venga efectuando".-
No basta pues unos actos aislados sino una re-
petición de actos, una conducta del marido de-
sordenada, una conducta que como dice Castro -
"revele o de la que se pueda deducir un peligro-
o riesgo para esos otros bienes gananciales, -
conducta maliciosa o desordenada, distinta de-
la típica del pródigo" (46).

No hace falta tampoco, como dice Cámara, - que los actos disposi--tivos ya efectuados -- hayan producido un daño efectivo ni que es--- tén inspirados en el propósito de perjudicar- a la mujer. "Un acto puede, contra toda lógi- ca, resultar bien, lo que no quiere decir -- que su repetición no sea un desatino". Tam--- poco es preciso que intente defraudar a la - mujer ; basta que la conducta del marido sea- desordenada. "Basta por último, dice Cámara, - con que la conducta desordenada se refiera al patrimonio ganancial (46 bis).

Solo la mujer está legitimada para pedir la adopción de las medidas; la pretensión ha de fun- darse en que el marido realice actos jurídicos que entrañen grave riesgo para la sociedad de ga- nanciales, y ha de tratarse de bienes no com-- prendidos en la categoría de inmuebles o esta- blecimientos mercantiles.

Según Cámara (47) es posible enervar la acción de impugnación ejercitada por la mujer o sus herederos mediante la demostración de que el acto del marido no fué perjudicial ni dañoso para la sociedad de gananciales. Para ello se basa en la teoría del abuso del derecho que ya aplica en el caso contrario, cuando es la mujer la que actuó sin licencia marital en los casos en que la necesitaba.

En resumen las razones que abonan su teoría son las siguientes : que la impugnación del --cónyuge que debía dar la licencia o el consentimiento, o sus herederos, no puede conducir a un resultado arbitrario e injusto, como sucedería si, de hecho, el acto realizado no ha --causado daño alguno a la sociedad de gananciales.

La impugnación es más irritante si los que impugnan son los herederos, y por ello dice Cámara "solo debe prosperar si el acto impugnado ha causado un daño efectivo a la sociedad de gananciales, y por tanto a sus intereses económicos, que, en es

te caso son los únicos que pueden ser tenidos en cuenta".

En igual sentido opina Lacruz, según Cámara, -- que dice que en "aquellos casos en que la anulación de los actos carezca para los herederos de toda transcendencia parece que la demanda debe apreciarse como un manifiesto abuso de derecho. La solución contraria permitiría a aquellos por simple capricho o guiados por propósitos inconfensables -- invalidar negocios jurídicos concluidos".

El razonamiento de Lacruz, que se refiere a la mujer y a los herederos del marido, debe aplicarse según Cámara también al marido, y no solo cuando se trate de herederos, sino también cuando los que impugnen sean los cónyuges a los que no se solicitó la licencia o el consentimiento. El antiguo -- art. 65 debía ser integrado según este autor, en la teoría del abuso del derecho. La impugnación, -- proceda del cónyuge al que se omitió su licencia o consentimiento, o proceda de los herederos, debe quedar enervada si se demuestra que el acto realizado no causó perjuicio a la sociedad de gananciales.

Hay que tener presente que las posibilidades en orden a que el acto del marido haya perjudicado -- los intereses de la sociedad de gananciales son -- más amplios que en el caso inverso, cuando sea la mujer la que actuó sin licencia marital para disponer de sus bienes privativos (no olvidemos que estamos antes de 1.975).

Las medidas de aseguramiento que va a adoptar -- el Juez quedan remitidas al arbitrio de éste.

Según Castro podrán ser las mismas que el Código civil impone para casos similares (arts. 1.349-1.355, 1.358, 1.359, 1.384, 1.388, 1.390, 1.444) y -- otras cualesquiera conforme a las circunstancias -- concretas de cada caso. (48).

Según Castán a este respecto "puede ser útil, en cierto modo, la referencia que para otro supuesto hace el artículo 1.891 reformado de la Ley de Enjuiciamiento civil, a la formación de inventario, -- constitución de depósitos o anotaciones e inscripciones en los Registros públicos. Según Batlle y Bonet, sigue diciendo Castán, el Juez podrá determinar que el importe de las enajenaciones fraudulentas se asegure con fianza personal o real, que pa-

ra las enajenaciones futuras se necesite el consentimiento de ambos cónyuges mandando la práctica de las oportunas -- inscripciones en los Registros o inscripción de la garantía cuando proceda, que los valores mobiliarios se depositen y no puedan ser vendidos o pignorados sin consentimiento de ambos cónyuges, pudiendo asimismo disponer sobre custodia o inversión de los productos de las enajenaciones -- que en lo sucesivo se realicen". (49)

Según Lacruz y Sancho Rebullida el Juez "dentro del concepto de las medidas de aseguramiento puede moverse con absoluta libertad, sin tener que sujetarse a las peditas por las partes o a las ordenadas por textos legales para casos análogos. La medida habrá de consistir en una amortización de las facultades, una limitación del poder de administración del marido, pero no una alteración del régimen matrimonial, ni, en principio en una concesión de facultades -- autónomas genéricas a la mujer, si bien no cabe excluir, -- en su caso, medidas positivas concretas destinadas a remediar los perjuicios causados por la inacción del marido" -- (50)

La doctrina está de acuerdo en que en ningún caso podrá el Juez permitir que la mujer haga lo que el marido se niega a hacer en beneficio de la sociedad, así Castro, (51) -- aunque Cámara hace la salve-----+-----

dad de que en los casos en que el marido haya dispuesto de bienes gananciales no inmobiliarios por vía de renuncia o desistimiento (por ejemplo, el marido que no venda ni ejercite los derechos de -- suscripción preferente incorporadas a acciones gananciales), cabrá que el Juez decida la enajena---ción para el futuro de los derechos de suscripción, si no los ejercita el marido en forma directa ^(51 bis) No- podrá, claro está, el Juez, decretar tampoco la se- paración de bienes de los cónyuges así Castro - - (52); ni tampoco tendrá facultades, a juicio de Cá- mara de transferir a la mujer la administración de la sociedad. En cambio Batlle, y Bonet, creen que- el Juez podrá acordar que ciertos gananciales, co- mo son, por ejemplo, los sueldos de la mujer funcio- naria, sean percibidos y administrados por ésta, - para lo que existe un argumento de analogía sobre- la legislación del trabajo.(53)

Cossío hace el siguiente resumen de las medidas:

a) Sustracción material de determinados bienes a la inmediata disposición del marido; b) prohibición de proceder a la enajenación sin el consentimiento- de la mujer y obligación subsiguiente de depositar-

su importe; c) exigirle prenda, hipoteca o cualquier forma de afianzamiento para responder del resultado de su administración; d) inversión de capital en valores seguros y su depósito consiguiente; e) que ciertos gananciales, como los sueldos de la mujer funcionaria sean percibidos por ésta; f) intervención de determinados créditos de la sociedad mediante el oportuno requerimiento a los deudores, etc....(53 bis).

Cámara hace más bien una síntesis, y dice: "A nuestro juicio lo más lógico será que el Juez imponga al marido, para realizar en el futuro nuevos actos de disposición sobre los bienes amenazados, la obligación de contar con la conformidad de su mujer o con autorización judicial especial" (53 ter).

Si el marido realizara actos en contravención de las medidas de aseguramiento impuestas por el Juez (al igual que si realizara actos contra lo mandado en el art. 1.413), Castro estima que "son todos actos que el marido efectúa faltándole poder suficiente para ello y, por tanto, serán ineficaces si no son ratificados por la mujer (art. 1259)" (54). En igual sentido Castán (55).

4,4,2) Disposición sobre inmuebles y establecimientos mercantiles.

También aquí, como en materia de muebles, se hace necesario distinguir, las disposiciones a título gratuito y las a título oneroso.

A) Disposición a título gratuito de inmuebles y establecimientos mercantiles.

La regla, como en materia de muebles, es la de que el marido no puede disponer de esos bienes por sí solo. Así resulta, como respecto de los muebles, del art. 1.413 del Código civil en su párrafo primero.

Pero a diferencia de los muebles esta regla no tiene excepción alguna. Ya hemos visto que las facultades que se conceden al marido en los arts. - 1.409 y 1.415 del Código parece se deben entender referidas solamente a los bienes muebles. Admito - que es dudoso, pero me remito a la argumentación - expuesta allí.

La disposición de inmuebles y establecimientos mercantiles a título gratuito necesita la voluntad negocial del marido y de la mujer, de los dos con-

juntamente. Aún cuando puede decirse que el marido necesita el consentimiento de la mujer, este consentimiento no es el mero asentimiento, sino un -- consentimiento constitutivo del negocio jurídico -- gratuito. Como dije en materia de muebles a la falta de consentimiento de la mujer no es aplicable -- el art. 65 del Código civil, y el plazo de los cuatro años del art. 1.301 sino la nulidad relativa -- frente a la mujer, y la impugnación por ésta sin -- sujeción a plazo.

B) Disposición a título oneroso de inmuebles y establecimientos mercantiles.

La ampliación de poderes que experimenta el marido como consecuencia del matrimonio, también se refleja en la facultad de disposición sobre los inmuebles del matrimonio, pero aquí el marido encuentra limitado su poder, en cuanto que por la reforma introducida al art. 1.413 por la Ley de 24 de Abril de 1958 se le impone la necesidad del consentimiento de la mujer, o en su defecto autorización judi--

cial para los actos de disposición de inmuebles o establecimientos mercantiles a título oneroso.

Antes de esta importante innovación introducida por la citada Ley del 58, el marido podía enajenar y obligar a título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento de la mujer, cualquiera que fuera la naturaleza de los bienes.-- Es verdad que con esto quedaban simplificadas las relaciones de los terceros con la sociedad de gananciales, pero hay que reconocer que se otorgaba al marido un excesivo poder ; por ello gran parte de la doctrina reclamó la limitación de las facultades del marido, exigiendo el consentimiento de la mujer para los actos de disposición de inmuebles y establecimientos mercantiles.

Como aclaró la Exposición de Motivos se trató de arbitrar una fórmula que sin contradecir los pilares fundamentales de la sociedad de gananciales (potestad de dirección y administración correspondientes normalmente al marido), permitiera atribuir a la mujer nuevas facultades en orden a la disponibilidad y gravámen constante matrimonio de los bienes gananciales.

Y así la reforma de 1958 siguió reconociendo al marido la potestad de dirección, pero introdujo -- una importante limitación respecto al poder dispositivo de éste, la necesidad del consentimiento de su esposa, cuando tratara de enajenar inmuebles o establecimientos mercantiles.

Sólo se circunscribió la necesidad del consentimiento uxorio a los inmuebles y establecimientos mercantiles por el propósito que hubo de limitar -- en la mayor medida posible las perturbaciones que en el tráfico jurídico pudiera suponer la obligada intervención de ambos cónyuges para toda clase de actos dispositivos, y como dice la Exposición de -- Motivos hay que reconocer que los inmuebles si no representan en todos los casos un mayor valor económico, si son los que de ordinario encarnan valores de uso y afección muy ligados al desenvolvi--- miento de la vida de la familia, al paso que los -- establecimientos mercantiles son frecuentemente la expresión de un modo de vida que puede afectar por entero a la economía doméstica. Por último en la -- reforma se previeron posibles cauciones judiciales que defendieran los intereses de la mujer frente a

una imprudente actuación marital.

En resumen las nuevas facultades reconocidas a la esposa por la Ley del 58 fueron dos : dar su consentimiento para los actos de disposición sobre bienes inmuebles o establecimientos mercantiles que efectúe - el marido a título oneroso, y pedir la adopción de las procedentes medidas de aseguramiento cuando el marido venga efectuando actos dispositivos sobre bienes distintos de los antes mencionados, que entrañen grave riesgo para la sociedad de gananciales.

La doctrina casi unánimemente, critica la discriminación realizada por el art. 1.413 entre bienes inmuebles y establecimientos mercantiles por un lado, y bienes muebles por otro, poniendo de relieve la transcendencia que puede tener para la mujer la disposición por parte del marido de ciertos bienes mobiliarios, como, por ejemplo: los títulos valores. La Exposición de Motivos de la citada Ley sale al paso de esta objeción diciendo que "no ha dejado de considerarse la crítica de que podría ser objeto tal criterio, habida cuenta de la importancia económica del patrimonio mobiliario ; pero se ha juzgado oportuno-orientar en tal sentido la reforma con el propósito-

de limitar en la mayor medida posible las perturbaciones que en el tráfico jurídico puede introducir....".

Aparece en el art. 1.413, como en otros de - - nuestro Código civil, la distinción de régimen jurídico para muebles y para inmuebles, con una menor consideración para la propiedad mueble, como en el viejo aforismo medieval "*possessio rei mobilis est vilis*" (56)

Los actos para los cuales el marido necesita - un complemento de su capacidad dispositiva, son - los actos de disposición onerosa sobre inmuebles y establecimientos mercantiles.

Llegados a este punto es evidente la necesidad de concretar qué se entiende por bienes inmuebles y establecimientos mercantiles; y qué actos o negocios jurídicos concretos deben entenderse dentro de la prohibición de ser ejecutados sin consentimiento de la mujer.

a') Qué se entiende por bienes inmuebles y establecimientos mercantiles.

En cuanto a lo primero me remito a lo dicho a -

propósito de la capacidad del menor emancipado -- que también tiene limitada su capacidad en cuanto inmuebles (art. 61). A lo que hay que añadir el -- establecimiento mercantil. Basta respecto a ésto-- con dar la definición de la Resolución de 23 de -- Octubre de 1.959 : establecimiento mercantil es -- "un conjunto de elementos organizados que inte--- gran una unidad patrimonial, caracterizada por el fin industrial o mercantil perseguido, con vida -- propia y aún independiente de sus distintos compo-- nentes, algunos de los cuales --tales las máquinas instrumentos, y utensilios destinados de modo fi-- jo y permanente a la industria- si bien por su vo-- lumen e importancia pueden constituir la base de-- la explotación y hasta encontrarse inmovilizados-- por su destino, no cambian, sin embargo, su pro-- pia naturaleza mueble porque tengan acceso al Re-- gistro para ser objeto de garantía hipotecaria".--

b') Qué actos necesitan del consentimiento de-- la mujer.

En cuanto a qué actos jurídicos están necesita-- dos del consentimiento de la mujer el problema ha

sido estudiado exhaustivamente por Cámara en "El nuevo art. 1.413 del Código civil". Podemos resumir su estudio diciendo :

Están necesitados los actos siguientes :

- 1) Ventas y permutas.
- 2) Promesa de venta.
- 3) Concesión de opción de compra.
- 4) Estipulación de retracto convencional hecha por el comprador en negocio jurídico posterior a la compra.
- 5) Aportación a sociedad.
- 6) Dación en pago.
- 7) Constitución de censo enfiteutico o reservativo.
- 8) En términos generales los negocios jurídicos por los que se grave una finca con un derecho real limitado, tales como usufructo, uso, habitación, servidumbre, hipoteca, anticresis, etc.

En este grupo indica Cámara debiera ser incluido el arrendamiento, pues él es "por su propia naturaleza un verdadero derecho real" (57). Pero el mismo Cámara advierte que no es ese el criterio -- interpretativo que prevalece.

9) Modificación de gravámenes ya constituídos.-- Esto como regla general, pues Cámara indica algunos casos en que la modificación no debe precisar el consentimiento de la mujer puesto que beneficia y no perjudican al patrimonio ganancial, por ejemplo : reducción de la responsabilidad hipotecaria o nueva distribución de ésta liberando una parte de finca.

10) Partición de bienes.

11) Cancelación por causas distintas del pago, o modificación de la garantía.

12) Extinción de derechos reales, por supuesto por causas que no sean el Ministerio de la Ley, o que actuen de modo automático, tales como expiración del plazo, cumplimiento de la condición resolutoria, consolidación, pérdida, prescripción -- etc.

13) En cuanto a los establecimientos mercantiles entiende Cámara que el marido necesita el consentimiento de su mujer para disponer no solamente de la empresa entera, sino también de aquellos -- elementos de la empresa que son fundamentales, -- aquellos que por su naturaleza no están destinados

a la enajenación, en cambio no necesitará consentimiento aún respecto de esos mismos elementos -- fundamentales cuando la empresa haya dejado de -- existir, como tal empresa, y desaparecida la orga nización y la clientela, la vida, que queden solamente restos inertes de ella.

14) La transacción y el compromiso.

No están necesitados los actos siguientes :

1) Venta en ejecución de un contrato de promesa de venta que fué consentido por la mujer.

2) Transmisión en virtud de ejercicio por tercera persona de retracto legal.

3) Estipulación de retracto convencional hecha por el comprador en el mismo contrato de compra.

4) Enajenación por consecuencia de expropiación forzosa, ejercicio de un derecho legal de adquisición que no pueda configurarse como retracto legal o transmisión decretada por el órgano jurisdiccional en un proceso de ejecución, casos que - Cámara agrupa bajo el epígrafe de otras ventas -- forzosas.

5) Estipulación de censo hecha en el mismo contrato de adquisición de la finca sobre la que se-

reserva ese derecho el vendedor.

6) Los gravámenes constituidos con el carácter de condición del acto adquisitivo de una finca ganancial. Ya se ha apuntado el criterio de que no hace falta el consentimiento uxorio a propósito de la compra constituyendo retracto convencional a favor del vendedor y de la compra constituyendo a favor del vendedor un censo, - criterio que Cámara aplica con carácter general, y especialmente a las compras con condición resolutoria o hipoteca para garantizar el precio aplazado. Puede sostenerse -- otro criterio, el de que no es necesario el consentimiento uxorio para las compras con condición resolutoria, y en cambio sí para las compras en la que se constituye hipoteca en garantía del precio aplazado. La condición se estimaría una condición del negocio jurídico compra. La hipoteca en cambio, un negocio jurídico distinto, aunque se efectúe al mismo tiempo que la compra.

Estimo esta distinción artificiosa e inadecuada. Por una parte, como dice Cámara, es igual comprar teniendo la finca una hipoteca previa (para lo que desde luego no se exige consentimiento uxorio), -

que comprar hipotecando ; por otra parte desde el punto de vista económico es más dura y perjudicial para el comprador la condición resolutoria que la hipoteca. Este punto de vista es el aceptado por dos Resoluciones de 13 de Mayo 1968 y 4 de Noviembre 1968.

7) Modificaciones de la individualidad física o jurídica de las fincas, tales como practicar segregaciones, declaración de obra nueva, o constituciones en régimen de propiedad horizontal.

8) Cancelación de hipotecas por pago. Este criterio ha sido confirmado por la Dirección de los Registros y del Notariado por una larga lista de Resoluciones.

9) Cesión de créditos hipotecarios, porque para Cámara la hipoteca no es un derecho real, y es accesoria del crédito para ceder el cual no es preciso el consentimiento de la mujer. Posición que el mismo Cámara califica de heterodoxa. (58)

10) Renuncia al ejercicio de un derecho de adquisición preferente, y otros actos de disposición sobre esos derechos, tanto si están nacidos directamente de la Ley (retractos legales), como si tienen origen voluntario, tanteo, retracto y opción convencionales, en cuanto a éstos solamente.

11) El contrato preliminar de arbitraje.

Castro coincide en lo esencial con Cámara al decir "comprendera no solo la venta permuta, hipoteca (de inmuebles, mobiliaria respecto al establecimiento mercantil y maquinaria industrial), imposición de otros gravámenes reales, sino también el -traspaso y el arrendamiento".(59)

Rodríguez Adrados no se aparta tampoco de las ideas que acabo de exponer aunque su examen es menos detallado y más conceptual. (60)

c') El consentimiento de la mujer.

1) Naturaleza.

En cuanto al consentimiento uxorio, es muy discutida su naturaleza.

En resumen, de las distintas opiniones doctrinales podemos decir :

Según Castán (61): Para Cámara, Rodríguez Adrados, Bonet y Parra las facultades del marido y mujer respecto de estos actos dispositivos no tienen igual rango; el centro de gravedad de la potestad -dispositiva corresponde al varón, a él compete tomar la iniciativa sobre la realización del negocio;

El consentimiento de la mujer es un requisito habilitante, o una *condictio iuris* para que el marido pueda disponer, y si no se cumple este requisito no puede hacerlo. Para Castro, Escrivá de Romaní, - La Rica, Ventura-Traveset etc. el consentimiento de la mujer es un elemento constitutivo necesario para la validez del acto de disposición, situado en el mismo plano que el consentimiento del marido, de suerte que el acto realizado con ambos consentimientos es un acto de codisposición de los ganancia----les.

El problema pues se centra en ver si existe una - codisposición o, por el contrario, es el marido el- que dispone con el consentimiento de la mujer. La - doctrina al decir de Chico y Bonilla (62) se divide en dos grupos opuestos, aunque uno de ellos presenta diversos matices.

De Castro, La Rica y Ventura-Traveset, consideran que el consentimiento de la mujer equivale a - una codisposición, tratándose de un requisito esencial para la validez del acto dispositivo y su --- inscripción. Es una declaración de voluntad que - concurriendo anticipada, simultánea o posteriormen-

te, con la del marido, perfecciona y otorga validez y eficacia al acto dispositivo, el cual sin dicho doble consentimiento no está ajustado a la Ley y se halla incurso en la sanción del art. 4 - del C.c.

Bonet Ramón, Cámara, Cossio, Díez Gómez, Roca-
Juan, Roca Sastre, Rodríguez Adrados, Martín Blanco, Parra Jimenez, Batalla González, Sanz Fernández y Escrivá de Romaní estiman que la exigencia del art. 1.413 no excluye la facultad dispositiva del marido y únicamente limita esa facultad sin que pueda en modo alguno ser considerado como una disposición. Es decir se trata de un consentimiento prestado a la disposición ajena.

Dentro de este grupo, existen diversos matices que no creo sea de gran interés exponer, pues el problema en principio ha quedado resuelto por la Reforma de 1.975.

La consecuencia de una u otra teoría, es que la falta de consentimiento si dispone el marido produciría solo la anulabilidad ; y si es codisposición la nulidad plena. Pero de ello hablaremos después.

2) Caracteres.

Respecto a los caracteres de este consentimiento podemos indicar :

a) Renunciabilidad : esto es, que en principio, puede sostenerse que la mujer puede renunciar a esta facultad antes del matrimonio, estipulándolo -- así en las capitulaciones matrimoniales, porque en capitulaciones puede estipularse el régimen o las combinaciones de regímenes que se quieran, siempre que no se atente contra los límites impuestos por el art. 1.316 y 1.317, y no parece que renunciar - la mujer a ese derecho choque contra alguno de los límites estipulados, sino que se ha constituido un régimen peculiar de gananciales en que no se precisa el consentimiento de la mujer para enajenar ni gravar bienes inmuebles o establecimientos mercantiles a título oneroso, algo similar a lo que re-- gía antes de la reforma de 1,958.

Después de la reforma de 1.975 parece que tam-- bién podrá darse la renuncia después de celebrado el matrimonio, ya que se permiten las capitulaciones posteriores al matrimonio.

Castro, escribe antes de la reforma, admite el -

pacto o renuncia en capitulaciones anteriores al matrimonio, y en cambio se opone al poder general concedido después; "cabe -dice-¿que durante el matrimonio la mujer consienta, conceda poder o mandato general a su marido, para que de modo general haga acto de disposición sobre dichos bienes gananciales?. Parece que no podrá. El consentimiento de la mujer requerido tiene todavía en la reforma de 1.958, carácter de medida protectora de los intereses de la mujer, establecida como contrapeso a los mayores poderes atribuidos al marido en el patrimonio de la sociedad conyugal. El consentimiento previo e indeterminado, equivaldría a una renuncia de la Ley, que establece tal requisito especial en favor de la mujer, y, por tanto, parece que había de ser considerado nulo (63).

b) Otro de los caracteres es su delegabilidad: mientras Rodríguez Adrados considera "no es personalísimo e indelegable; porque está fundamentalmente basado en la defensa del interés del asistente.... puede ser emitido por medio del apoderado" (64). Castán (65) mantiene que es personalísimo, y Cámara en igual sentido afirma que "la mu

jer no puede delegar en otra persona la facultad de consentir u oponerse a los actos de disposición realizados por el marido. La injerencia de un tercero en las potestades dispositivas del marido representaría un menoscabo de dichas potestades que la Ley no permite".(66). Este aspecto de ser indelegable no se opone a que la mujer pueda conceder a la tercera persona, mediante escritura notarial, el que manifieste ese consentimiento, - siempre que tal apoderamiento se refiera a casos o situaciones determinadas. Nótese que estoy hablando de apoderamiento pues no creo que sea preciso que esa tercera persona tenga la mera condición de un muntius o mensajero de la voluntad de la mujer. Lo que no parece posible es que el poder sea tan amplio que suponga el traspaso o delegación en bloque a terceros de la facultad de consentir. Es algo similar al ejercicio de la patria potestad que no se puede delegar en bloque a tercera persona pero en la que cabe el ejercicio para casos y situaciones concretas por medio de apoderados.

c) Condicionalidad. Cámara considera que si --

bien "la mujer no puede exigir a su marido que si quiere celebrar un negocio lo realice bajo ciertas condiciones. El marido tampoco puede obligar, a la mujer a que pase por un acto, que tal como él lo ha planeado, no convence a su esposa. Lo -- que sí puede hacer el marido es estimar el consentimiento condicionado como una negativa de consentimiento y proceder en consecuencia, es decir acudir al Juez para que éste, si lo cree procedente, autorice el acto proyectado prescindiendo de las exigencias impuestas por la mujer". Aparte de esto declara que en principio "no repugna que la mujer subordine su consentimiento a que se den ciertos hechos, o que exija que el negocio se celebre bajo determinadas condiciones".(67).

d) Revocabilidad.

Cámara sostiene que "el consentimiento conferido por vía de aprobación o confirmación y el dispensado simultaneamente al otorgamiento del acto de disposición son irrevocables". Por lo que respecta al otorgado anticipadamente lo considera revocable porque "el consentimiento concedido de manera general descansa en la confianza que el marido

do inspira a la mujer. Es natural que perdida esta confianza, puede retirarse una autorización -- que descansaba en ella. También el consentimiento constreñido a actos concretos debe estimarse -- revocable. La mujer después de dar su conformidad puede conocer circunstancias que le hagan -- cambiar de parecer" (68)

3) Capacidad.

Mujer menor de edad.

Hemos tratado de este problema y visto opiniones de diversos autores cuando hemos examinado -- el aumento de capacidad que el matrimonio produce, por emancipación, en los menores de edad.

Si bien allí no di mi opinión, creo, más procedente la de Rodriguez Adrados de que la mujer menor emancipada por matrimonio, con tal de que sea mayor de dieciocho años, puede por sí sola -- prestar el consentimiento, sin precisar la autorización de su padre, madre o tutor. (69)

Esta solución era defendida por Rodriguez -- Adrados porque "de otra forma quedaría afectada -- la autonomía de la nueva familia". El argumento-

válido en 1958, cuando escribe Rodríguez Adrados, - cobra una mayor fuerza con la Reforma de 1975, en - la que el art. 60 introduce la distinción de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes, re--- fuerza la autonomía de la nueva familia, y reduce - la intervención del padre, madre o tutor a los actos relativos a bienes privativos.

Debo recoger sin embargo, como reciente, la opinión contraria de Sanz Fernández, dice que debe distinguirse entre disposición de inmuebles y de establecimientos mercantiles.

Para los segundos es indudable que pueda prestar el consentimiento, pues ni siquiera está limitada - su capacidad para disponer de ellos directamente -- conforme al art. 61.

Para los inmuebles la mujer "carece de capacidad para prestar por sí sola el consentimiento por los medios establecidos en los citados artículos" (70), o sea la mujer necesitará el complemento de capacidad de su padre, madre o tutor.

Mujer incapacitada.

Si la mujer está incapacitada, según Sanz Fernández (71), Cámara (72) y Bonet (73), el marido nece-

sita autorización judicial para poder realizar el acto. Y según los dos últimos autores citados, se comprenderá no solo la incapacidad en sentido propio, sino también la incapacidad consistente en mero impedimento (por ejemplo, una enfermedad).

Mujer ausente.

Si la mujer está ausente, tanto la ausencia declarada como la simple ausencia con paradero conocido pero sin posibilidad de obtener comunicación en el tiempo oportuno (según Cámara y Bonet), el marido tendrá que acudir para poder realizar el acto a la autorización judicial subsidiaria.

Es dudoso en estos casos si el Juez daría la autorización con caracter general.

4) Forma.

Nos podemos preguntar si es posible que el consentimiento de la mujer tenga un caracter general, parece que la opinión dominante es que sí, y así opinan Cámara (74), Bonet (75) y Rodríguez Adrados (76), que consideran que el asentimiento de la mujer puede referirse tanto a un acto concreto como a varios, o concederse de una manera general

para todos los actos de disposición que el marido se proponga realizar respecto de inmuebles y establecimientos mercantiles. En contra opina Castro, según ya hemos visto (77).

La práctica abona la primera opinión.

La forma del consentimiento en teoría podrá -- ser expresa o tácita, según la mayoría de la doctrina, Rodriguez Adrados, Bonet, Cámara, etc., pero a efectos prácticos, el Notario y el Registrador solo admitirán la expresa ; habrá de acreditar el consentimiento uxorio mediante la escritura o por medio de cualquier instrumento público -- destinado a formalizarlo.

Podrá prestarse antes de celebrarse el negocio de disposición, simultáneamente o con posterioridad a él, pero en éste último caso el Notario tendrá que hacer la salvedad en el documento notarial de que falta el consentimiento de la mujer ; cuando la mujer lo otorgue lo que hará será en -- realidad ratificar, aprobar, confirmar lo hecho -- por su marido.

Hay que tener presente que mientras el consentimiento prestado a priori es normalmente revocable, en razón de que la disposición aún no ha si-

do otorgada, y por tanto es admisible que quien ha de consentirlo desista de su propósito inicial de autorizarla, el prestado simultáneamente y a posteriori son siempre firmes y definitivos, porque la disposición ya se ha llevado a cabo.

d') Validez de los actos realizados por el marido sin consentimiento de su esposa.

Antes de la reforma de 1975, Cámara sostenía -- que los actos realizados por el marido sin haber obtenido el consentimiento de su mujer, o la autorización judicial eran simplemente anulables, es decir que tenían un tipo de ineficacia similar a la que afectaba a los actos otorgados por la mujer casada (relativos a sus bienes propios) y sin estar debidamente autorizada por su marido o por el Juez. (77 bis).

Y aunque esta opinión suya encontró resistencia por parte de algunos autores, sin embargo la aceptó el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, como luego veremos.

Escrivá de Romaní (78) por el contrario sostuvo que los actos realizados por el marido en contravención del Código civil eran nulos de pleno dere-

cho (art. 1.413 III y art. 4 I). Castán ya rebatió esta opinión, diciendo que no podía aceptarse como regla general, por estar en contradicción con lo que resulta indirectamente del art. 1.419 pár. II, y según él, los actos de disposición realizados por el marido sobre bienes inmuebles o establecimientos mercantiles sin el consentimiento de su mujer, o en su caso sin la autorización judicial, "entrañan una contravención del Código y caen, por tanto, bajo la sanción del pár. III del art. 1.413. Será aplicable en consecuencia, la regla general antes expuesta acerca de la ineficacia de los actos ilegales y de la facultad de la mujer para obtener de los Tribunales la declaración de la inmediata ineficacia de los mismos", (79). Ya advierte Castán (80) que la doctrina no se pone de acuerdo en el tipo de ineficacia que conviene aplicar, y así señala que mientras para Ventura-Traveset y La Rica, consiste en una inexistencia o nulidad radical, para Rodríguez Adrados, Cossío y Amorós Guardiola es ineficacia en sentido estricto, para otros como Roca Juan se trata de mera impugnabilidad, y finalmente recuerda que para Cámara, seguido de Bonet,-

es una anulabilidad especial, o sea adaptada al supuesto singular que estudiamos.

Díez Picazo y Gullón siguiendo a la jurisprudencia opinan que estarán viciados de nulidad relativa o anulabilidad, produciendo por tanto efectos hasta que la declaración de nulidad se produzca. (81)

En cualquier caso, hay que reconocer que la mujer está legitimada para reaccionar contra el acto de disposición del marido realizado sin su consentimiento, ejercitando su acción contra el marido o -- sus herederos, o contra el adquirente (si no está -- protegido por la fé pública registral), a no ser -- que prefiera la mujer convalidarlo mediante su consentimiento posterior ; o como dice Castán (82) op-- te la mujer por llegado el momento de la liquida--- ción de la sociedad conyugal, colacionar el importe de la enajenación ilegal, según el 1.419.

El plazo para presentar la acción contra el acto de disposición ilegal del marido era materia de con-- troversia por parte de la doctrina. Siempre desde -- la perfección del contrato, pero en el punto de has-- ta qué momento, es donde no se ponían de acuerdo -- los autores, para Rodríguez Adrados (83) la acción--

de la mujer no estaba sujeta a plazo de prescripción o de caducidad, pero la opinión dominante -- era que según el 1.301 el plazo sería de cuatro -- años, contados según Roca Juan, Cámara y Bonet -- desde el día de la disolución del matrimonio y según Parra, conforme al 1.969 debía ser computado desde el día en que pudo ejercitarse la acción. -- (84)

El Tribunal Supremo adoptó desde 1964 una doctrina legal que determina claramente el alcance -- del consentimiento de la mujer, para los actos -- dispositivos del marido respecto de los gananciales, cuando se exige.

Dicha doctrina puede verse recogida en la Sentencia de 7 de Mayo de 1972 en la que se declara: "según unánime doctrina legal sentada por esta Sala, entre otras, en las Sentencias de 7 de Febrero de 1913 - III y 21 de Abril de 1964, 3-III, 6 de Mayo de 1969 y 26 de Diciembre de 1970, acogida por las Resoluciones de la Dirección General -- de los Registros y del Notariado de 9, 13, y 14-- Diciembre de 1969, y de 15 de Marzo de 1972, la -- modificación del art. 1.413 del C.c. no ha introdu

cido un régimen de codisposición a título oneroso para los bienes inmuebles y establecimientos mercantiles, sino que la potestad de disposición sigue correspondiendo al marido, único al que pertenece la iniciativa de realizar dichos actos en -- que la mujer no es parte, aunque los consienta, y por ello este novísimo consentimiento uxorio integra un negocio de asentimiento por el que la mujer sanciona la repercusión de la disposición en su propia esfera jurídica, y tiene un estrecho parentesco y paralelismo con la licencia marital, -- pues los dos consisten en el levantamiento por -- uno de los cónyuges de la limitación impuesta al poder dispositivo del otro, y cuando se hace uso arbitrario de los mismos, cabe sustituirlos por -- la autorización judicial, por lo que resulta viable la aplicación por analogía de las soluciones elaboradas por la doctrina, tanto científica como legal, a propósito de la licencia marital, para -- llenar aquéllas lagunas que la reglamentación del consentimiento uxorio origina".

Sanz Fernández resume la posición del Tribunal Supremo en las siguientes conclusiones :

1a. Por su naturaleza el consentimiento usoris es un negocio de asentimiento analogo a la licencia marital. Resolución de 15 de Marzo de 1.972 y Sentencia de 7 de Junio de 1.972.

2a. La omisión del consentimiento produce la mera anulabilidad del acto realizado, rechazando expresamente algunas sentencias la tesis de la nulidad absoluta que pudiera derivar de la concepción del consentimiento usoris como una codisposición de mujer y marido. Sentencias de 20 de Febrero de 1.961; 7 y 13 de Marzo de 1.964; 22 de Junio de -- 1.966 y 26 de Diciembre de 1.970; Resolución de 29 de Febrero de 1.975.

3a. Solamente la mujer y, en su caso, sus herederos, pueden ejercitar la acción de nulidad. Sentencias de 20 de Febrero de 1.961; 7 de Febrero, - 13 de Marzo y 21 de Abril de 1.964 y 26 de Diciembre de 1.970; Resolución de 28 de Febrero de 1975.

4a. El marido no puede en ningún caso pedir la nulidad por la falta del consentimiento ni puede excusar el cumplimiento del contrato por esta causa. Sentencias de 7 de Febrero y 13 de Marzo de -- 1.964 y 6 de Abril de 1.969; Resolución 28 de Fe--

brero de 1.975.

5a. Tampoco el que contrató con el marido puede ejercitar la acción de nulidad ni negarse al cumplimiento del contrato por falta del consentimiento usoris. Sentencias 13 de Marzo de 1.964; 22 de Junio de 1.966 y 26 de Abril de 1.970; Resolución de 28 de Febrero de 1.975.(85)

Esta dirección jurisprudencial, junto con la opinión doctrinal en que se basa, ha sido confirmada al parecer por la reforma del código civil de 2 de Mayo de 1.975. El nuevo art. 65 dice "cuando la Ley requiera para actos determinados que uno de los cónyuges actue con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresamente o tácitamente confirmados, podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido o de sus herederos". Según Castán "la referencia a la confirmación expresa o tácita lleva a concluir que se trata de la acción de anulabilidad de los arts. 1.301 y siguientes del código civil, como se comprueba por la reforma de este último precepto", (86) porque el 1.301 dice en su último párrafo que : "la acción de nulidad solo durará

cuatro años".

"Si la acción se dirigiese a invalidar, actos o - contratos realizados por uno de los cónyuges sin -- consentimiento del otro; cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución de - la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato".

La cuestión es a que clase de consentimiento se refiere el art. 65 del código civil y si uno de los consentimientos es el previsto en el art. 1.413 par. 1º del c.c.

No es del caso estudiar ahora si el art. 65 es - aplicable a todos aquellos supuestos en los que el Código civil exige el consentimiento del otro cónyu ge (arts. 60, 61, 172 III, 1.361, 1.413, 1.415 y -- 1.416). Pero lo que parece pacífico en la doctrina es que el art. 65 es aplicable al consentimiento -- del art. 1.413 del Código civil.

Sanz Fernández se plantea también esta cuestión - y va señalando los requisitos que deben concurrir - para que sea aplicable el art. 65, cada uno de los - cuales requisitos le permite ir eliminando artícu--

los del Código que hablan de consentimiento del cónyuge. Dice que los actos a los que cabe aplicar el art. 65 :

- Han de ser de carácter patrimonial. Queda -- por tanto excluida su aplicación al art. 172 del C.c.

- Han de referirse a un problema de legitimación, no a un problema de capacidad. "Por ello -- -dice- en contra de Lacruz, no debe estimarse -- aplicable al consentimiento de los arts. 60 y 62- que tiene como función completar la capacidad -- del cónyuge menor de edad."

- No han de ser parte integrante del acto, es decir los consentimientos exigidos con el carácter de codisposición; lo que hace que sea inaplicable a los arts. 1.361 y 1.415.

- Y han de exigirse precisamente para la validez del acto, no para delimitar el ámbito de sus consecuencias económicas, como serían los casos -- de los arts. 995 del Código civil, y 6 y 9 del Código de Comercio, a los que en consecuencia no es aplicable el art. 65.

También rechaza su aplicación en el caso del -

art. 1.416 pues "la mujer por sí sola carece en absoluto de facultades para obligar los bienes-gananciales, salvo casos excepcionales".(87)

Es curioso que después de esta eliminación - no diga expresamente Sanz Fernández el art. 65- es aplicable al 1.413.

En cuanto a quienes pueden impugnar el acto, del art. 65 resulta que en vida de la mujer solamente ella puede ejercitar la acción. Sus herederos solamente podrán ejercitar cuando sean herederos, es decir, después de fallecida la mujer.

No pueden ejercitar la acción, pues no están nombrados en el art. 65, ni el propio marido, - ni el tercero que contrató con el marido.

A su vez el art. 1.301 es de importancia por que tal como ha quedado luego de la reforma, modifica el comienzo del plazo de caducidad de la acción de nulidad (anulabilidad). Antes de la - Reforma no empezaba a correr el plazo hasta la disolución del matrimonio. Con la nueva redacción empieza alternativamente desde ese momento de la disolución o desde el momento que hubiese

tenido el cónyuge conocimiento suficiente del acto o contrato impugnabile. Cabe por lo tanto que el cónyuge que ha prescindido del consentimiento del otro de a conocer a este otro lo actuado, y que transcurridos cuatro años sin oposición quede firme lo que se efectuó sin consentimiento. - La notificación fehaciente, el conocimiento, unido al transcurso de cuatro años se convierte en consentimiento tácito.

El conocimiento es el del cónyuge que trata de invalidar el acto, o sea la mujer. Como dice Sanz Fernández "El conocimiento por los herederos es indiferente, como lo demuestra : 1º que viviendo la mujer no puede hablarse de sus herederos; 2º. Que para ellos el plazo solamente puede contarse desde la disolución; 3º. La propia construcción gramatical del precepto según la --cual la expresión "salvo que antes hubiere tenido conocimiento" solo puede referirse al cónyuge (88).

Si la mujer tuvo conocimiento en vida, del acto, el tiempo que vaya transcurriendo desde ese conocimiento hasta su muerte se cuenta también -

para sus herederos. Por lo tanto a estos solamente les quedará para ejercitar la acción el tiempo que falte por correr desde la fecha en que la mujer tuvo conocimiento hasta cumplirse los cuatro años. De no admitirse esta interpretación daríamos a la acción un plazo superior a los cuatro años determinado en el art. 1301 del Código civil. Así también opina Sanz Fernández.(89)

Para acabar este apartado se puede indicar la cuestión de si es inscribible en el Registro de la Propiedad el acto dispositivo otorgado por el marido sin el consentimiento de la mujer.

Antes de la reforma de 1.975 se planteó el problema, por la posible asimilación del consentimiento uxorio a la licencia marital, lo que llevaba a la inscripción en el Registro conforme el artículo 94 del Reglamento hipotecario. A pesar de ser Cámara quien inició la postura de la asimilación, él mismo estimó que no era aplicable, ni el artículo 169 del Reglamento Notarial, ni el artículo 94 del Reglamento Hipotecario, y por lo tanto, ni el Notario debía autorizar ni el Registrador inscribir el acto dispositivo del marido sin consentimiento de-

la mujer. (90)

La Resolución de la Dirección General de los - Registros y del Notariado de 15 de Marzo de 1972- rechazó la inscribibilidad de tales actos: "solo excepcionalmente se ha podido permitir el ingreso - (en el Registro) de actos y contratos no totalmente perfectos, como en el supuesto del artículo 94 del Reglamento hipotecario, y no parece aconsejable ampliar este criterio a otros supuestos, pues ello implicaría que los libros hipotecarios mostrasen situaciones ambiguas que inducirían a confusión". Es de resaltar que se sigue esta solución negativa a pesar de la posición del Tribunal Supremo, antes referida, de que la figura del consentimiento o asentimiento de la mujer tiene gran semejanza con la de la licencia marital y es viable aplicar al consentimiento uxorio las soluciones elaboradas a propósito de la licencia marital.

Después de la reforma de 1975 la cuestión sigue en los mismos términos, aunque el artículo 65 del Código ha venido a dar espaldarazo a esa similitud entre consentimiento de la mujer y antigua-licencia marital. Pero la doctrina se inclina a -

la no aplicación del artículo 94 del Reglamento-hipotecario, principalmente por la misma razón - alegada por la Resolución de 15 de Marzo de 1972 o sea, el llamado Principio de la Legalidad. Puede verse una reseña de argumentos, en Sanz Fernández.(91)

4.2.3) Actos de disposición en contravención del Código o en fraude de la mujer.

El párrafo tercero del art. 1.413 dice que "En -- todo caso, no podrán perjudicar a la mujer, ni a -- sus herederos, los actos de disposición que el marido realice en contravención de este Código o en -- fraude de la mujer, sea cual fuere la condición de los bienes afectados".

Este párrafo presenta una importante limitación al obrar del marido. Porque éste no solo no podrá -- disponer de los inmuebles y establecimientos mercantiles sin consentimiento de su mujer (a tenor del -- art. 1.413 pár. 1), sino que además ve limitadas -- sus facultades dispositivas en relación con los gananciales en cuanto que no puede disponer de los -- bienes muebles o inmuebles, en contravención del Código ni en fraude de la mujer.

Nos encontramos, pues, ante una restricción impuesta por la Ley a las facultades dispositivas que el mismo Código concede al marido, en relación con los bienes gananciales, en orden a defender la posición de la mujer en la masa ganancial.

Bien es verdad que esta restricción impuesta al-

marido tambien podriamos verla desde otro ángulo : como una facultad concedida por la Ley a la mujer para la mejor defensa de los gananciales, y por lo tanto estudiarlo en el capítulo correspondiente a la mujer.

Pero toda restricción en uno comporta ampliación de sus facultades en el otro, y he considerado mejor estudiarlo dentro de este capítulo dedicado al marido.

Este párrafo presenta tambien no pocas dudas a la doctrina, pero al menos hay una cosa clara : - que se refiere tanto a bienes muebles como a bienes inmuebles, "sea cual fuere la condición de los bienes afectados", dice el Código. Por esta razón para su examen hemos hecho un apartado especial, - pues lo que aquí se dice es aplicable a los dos -- apartados anteriores, sobre disposición de muebles y de inmuebles.

Dudosa en cambio es la cuestión de si este párrafo se refiere únicamente a verdaderos actos de disposición en sentido técnico. Así lo dice la letra del párrafo mismo. Sin embargo dice Puig Brutau "que ha de entenderse que el Código se refiere

a todos los actos que no correspondan a una ordenada administración de los bienes gananciales, tanto si son de obligación como de enajenación, bastando que se trate de actos ilegales o fraudulentos".(92)

También Lacruz dice que "de acuerdo con la redacción anterior (se refiere a la primera edición del Código, en 1888) que hablaba claramente de "enajenar y obligar", en la actualidad, y a la vista de la orientación general del precepto de acentuar la protección de la mujer, ha de entenderse por "actodispositivo" aquél que no pertenece a la ordinaria y ordenada administración de los bienes conyugales, sea de obligación o de enajenación." (93)

Cámara por el contrario, aplica un mismo concepto, unitario, a todo el artículo 1.413. El estudio del concepto de acto de disposición, que entiende como acto de riguroso dominio, antitético al de administración, lo hace con referencia a todo el artículo 1.413, y en la tercera de sus conclusiones, la relativa a como puede reaccionar la mujer contra los actos dispositivos del marido, está referida principalmente al tercer párrafo del artículo. (94) A su vez, el estudio más detallado de este -

párrafo tercero lo hace bajo el epígrafe, bastante expresivo, de "Enajenaciones onerosas en fraude de la mujer".

La finalidad de este tercer párrafo del 1.413 - es clara: se trata de defender a la mujer de los - actos del marido, sobre gananciales, que esten ya- efectuados en determinadas condiciones que se esti- man perjudiciales para ella. Así como el párrafo - segundo del artículo 1,413, como vimos en su lugar oportuno, mira hacia el futuro, para evitar daños- a la mujer en lo sucesivo a causa de la desacerta- da actuación del marido, este párrafo tercero mira hacia el pasado, contempla los actos del marido ya otorgados.

De esos actos ya otorgados, el precepto permite reaccionar a la mujer únicamente en dos supuestos:- cuando los actos hayan sido realizados "en contra- vención de este Código", o cuando lo hayan sido -- "en fraude de la mujer". Se hace preciso, por lo - tanto, intentar una precisión de tales conceptos.

Actos realizados en contravención al Código Ci- vil.-

Nos informa Castán que para los primeros comen-

taristas del Código esta categoría de actos "carecía de contenido específico: no tenía un valor propio y sustancial, al decir de Scaveola, sino una mera referencia, bien al artículo 59, relativo a la capacidad del marido menor de edad, bien a las causas generales de nulidad de los contratos" - -

(95)

La doctrina actual mantiene dos posiciones, una restringida y otra amplia.

La posición restringida entiende que por actos en contravención del Código, o por actos ilegales, como así los llama el artículo 1.419, ha de entenderse aquellos que estén efectuados con infracción de una disposición expresa del Código, y que solamente pueden ser las donaciones no permitidas y -- los actos de disposición sobre inmuebles y establecimientos mercantiles efectuados sin consentimiento de la mujer o sin autorización judicial. Mantiene esta posición Cámara. (96).

La posición amplia cree que contravención del Código es toda actuación que se aparte de los cauces por los que discurre la autoridad marital, que son la adquisición o sustitución de valores en el-

patrimonio ganancial, y la aplicación de los bienes al cumplimiento de los fines de los artículos 1.408 y 1.409. Estas son palabras que se pueden leer en Lacruz, y que él cita como de otros autores, que parece son Roca Juan y Bonet que nombra seguidamente (97).

También Ladruz se adhiere a esta opinión. "Seguramente no fué esa la idea del legislador, pero -- sin duda el marido que administra mal contraviene el Código, que no le ha conferido tan amplios poderes a fin de que dilapide el patrimonio conyugal" - (98).

Y asimismo Puig Brutau que tras exponer la tesis restringida dice que "conviene superar esta concepción estricta y admitir, como dice Lacruz, que también existe ilegalidad o contravención cuando el marido administra mal, sin necesidad de que pueda invocarse una limitación o prohibición expresa". - (99).

También parece que Castán participa de esta posición, ya que las enajenaciones llevadas a cabo por el marido para subvenir a sus vicios y malas costumbres las incluye. (100)

uestro Tribunal Supremo mantiene la tesis restringida en las Sentencias de 26 de Mayo de 1930 y de 29 de Septiembre de 1959. En ésta última se dice que "para que proceda aplicar alguno de los dos precitados casos de excepción contra la validez de los contratos de enajenación de bienes gananciales otorgados por el marido sin consentimiento de la - mujer, es absolutamente indispensable que se haya alegado y probado que el contrato infringe precepto del Código" o que la enajenación sea en fraude de la mujer.

De las dos posiciones, vamos a aceptar la restringida porque con la -- posición amplia traemos a la categoría de actos realizados en contravención al Código una serie de actuaciones, tal como se ha dicho, que considero que están más bien dentro de una de esta dos categorías: la de actos que entrañan grave riesgo para la sociedad de gananciales, - o la de actos que son específicamente fraudulentos. Si son lo primero deben ser examinados y tratados a propósito de los actos de disposición del marido sobre bienes muebles a título oneroso en este mismo capítulo (Vease pág. 59 y sig.) Si son lo se---

gundo, su examen se realiza en seguida bajo el -
rótulo de actos realizados en fraude de la mujer.

Quedándonos con la posición restringida, las -
acciones de la mujer para defenderse de los actos
realizados por el marido en contravención al Códi
go, son diferentes según la naturaleza de estos -
actos.

Si consisten en donaciones no permitidas la mu
jer casada tiene un doble camino: el impugnarlas-
por la vía de la nulidad, aunque no una nulidad -
absoluta, sino más bien un tipo de ineficacia re-
lativa frente a la mujer, lo cual puede hacer cons-
tante matrimonio; o bien esperar a la disolución-
de la sociedad de gananciales y exigir se practi-
que la imputación-colación prevenida en el párra-
fo segundo del art. 1419. De las dos fórmulas me-
he ocupado también en este mismo capítulo, a pro-
pósito de los actos de disposición del marido so-
bre bienes gananciales; a título gratuito (Véase-
págs. 51 y sigs. respecto a muebles y pág. 72 res-
pecto a inmuebles).

Si los actos realizados en contravención del -
Código consisten en disposición onerosa, sin con-
sentimiento de la mujer, las acciones que a la mu

jer competen ya nos hemos ocupado al exponer los -
actos de disposición de esta clase y la falta de -
validez de los realizados sin consentimiento de la
mujer ----- (Vease pág. 94 y sig.)

Actos realizados en fraude de la mujer.-

También sobre el concepto de acto fraudulento se
encuentran dos posiciones en la doctrina, una res--
tringida y otra amplia.

La posición restringida cree que el marido efec--
túa un acto fraudulento contra su mujer cuando rea--
liza un acto que objetiva o aparentemente es legal,
pero que lo ha efectuado con intención de perjudi--
car a la esposa. En esta posición, que Castán llama
subjetiva porque exige el "animus nocendi uxori", -
coloca Castán a Roca Juan, a Bonet y a Cámara. - --
(101)

Creo que Cámara no debe ser incluído en esa opi--
nión, sino más bien en la posición amplia. En ésta,
no se considera necesario el animo de perjudicar a--
la mujer, sino que basta el ánimo del marido de ob--
tener un beneficio propio o ajeno. Claro que por --
consecuencia se dará un perjuicio para la mujer. Pe--
ro no es necesario que lo busque intencionadamente-

el marido; como dice Cossío, no se exige "una intención de perjudicar a la mujer por el simple hecho de causarle daño, sino que bastará buscar directamente el propio provecho o el de una tercera persona, con perjuicio de los intereses de la esposa". (102). En esta línea están Puig Brutau y Lacruz.

Dice Lacruz que de los antecedentes históricos se deduce que el legislador pensaba, al redactar el precepto en una forma específica de fraude directo de la mujer producido con la complicidad -- del tercer adquirente de los bienes enajenados mediante simulación absoluta o relativa, enajenación aparentemente a título oneroso. en perjuicio del interés de la mujer en el patrimonio ganancial. Pero que deben considerarse también como actos en -- fraude directo los efectuados por el marido con manifiesto y ostensible abuso de poder, para beneficiarse él personalmente o beneficiar a otra persona con daño de la sociedad de gananciales. Y aún más, pues caben en el párrafo tercero del artículo 1.413 los actos que suponen fraude indirecto, "es decir, aquellos cuya ilicitud deriva, no del acto-

mismo, sino del destino que el marido piensa dar al contravalor recibido. (103)

Puig Brutau declara concordar con Lacruz y entender que comete fraude el marido que intenciona damente disminuye el patrimonio ganancial en beneficio propio o en simple daño de la esposa. (104)

Y dice igualmente Cámara que son fraudulentos "aquellos actos del marido que objetiva y aparentemente son legales, es decir que aquel ha realizado moviéndose dentro de los límites extrínsecos de sus potestades, pero que han sido realizados con el fin de sustraer a la mujer su participación en los bienes enajenados de modo que los propios bienes o su importe queden en beneficio del marido o de un tercero". (105). Observa se, pues, que Cámara no exige ánimo de perjudicar a la mujer por el simple hecho de causarle daño, sino que centra el concepto en el resultado objetivo de obtener un beneficio el marido o un tercero, aunque se produce -- por consecuencia un perjuicio para la mujer.

También Cámara, como Lacruz, nos habla de fraude directo y de fraude indirecto.

El supuesto típico de fraude directo lo constituyen, para Cámara, los actos simulados, simula---

ción que puede ser absoluta (para eliminar formalmente del activo de la sociedad conyugal determinados bienes), o relativa (ventas aparentes que encubren una donación al supuesto comprador).

Son también fraude directo para el mismo autor los actos realizados por el marido con manifiesto y ostensible abuso de poder, por ejemplo las enajenaciones de bienes comunes con reserva o a cambio de usufructos o rentas vitalicias constituidas exclusivamente sobre la vida del marido, porque, aunque los frutos o rentas sean gananciales, el derecho mismo adquirido a cambio del caudal común no se hace también común y se extingue al morir el marido.

En el fraude indirecto, continúa diciendo Cámara, el acto no produce directamente el fraude, pero tal acto se otorga para facilitar u ocultar el fraude. Por ejemplo, venta real de bienes, y subsiguiente desaparición del dinero recibido como precio.

También se pregunta la doctrina si deben ser considerados como hechos en fraude de la mujer -- las enajenaciones efectuadas por el marido, de --

bienes gananciales, para subvenir a sus vicios y malas costumbres. En la doctrina histórica, según Cámara, no se reputaban en fraude por no haber si do hechas con ánimo de fraude y para perjuicio de la mujer, sino solamente por causa del vicio propio. En el Código civil la cuestión es dudosa para Cámara, quien cree que conforme al artículo -- 1408, p los actos del marido para pagar sus vicios-- serán validos, pero en la liquidación de la sociedad de gananciales se cargarán a la parte del marido, no mermarán la parte de la mujer. Esta solución la deduce, a sensu contrario del artículo -- 1411; este artículo contiene una regla excepcional, que pone a cargo de la sociedad de gananciales lo perdido y pagado en juego, porque también es beneficio de la sociedad lo perdido y ganado.-- Pero dada su excepcionalidad no puede ser extendida la regla a otros supuestos, como esos de gastos del vicio no consistente en juego. "Esta interpretación --concluye Cámara-- a pesar de ser a -- sensu contrario, tiene un sólido fundamento. El -- marido es el administrador, y no el dueño de los bienes gananciales".(106)

Según Castán, cabría incluir dentro del concepto de enajenaciones fraudulentas, las enajenaciones realizadas por el marido para subvenir a sus vicios y malas costumbres, pero con "cierto esfuerzo interpretativo"; en todo caso, continua, habrá que incluirlas en el amplio concepto de actos ilegales (107).

Delimitado en lo posible el concepto de actos fraudulentos, la cuestión que se plantea es la de los efectos de tales actos, o más exactamente, la de los remedios que tiene la mujer para deshacer el fraude y no resultar perjudicada.

Tiene desde luego el camino de ser compensada en la liquidación de la sociedad de gananciales, conforme al segundo párrafo del artículo 1419, que se remite expresamente al 1413.- No trato de este remedio porque la materia ha sido expuesta en otro lugar de este trabajo, concretamente al hablar de las donaciones del marido efectuadas ilegalmente y aquí es aplicable cuanto allí dije. (----- (Vease - páginas 51 y sigde esta tesis).

Pero, además de esa solución, se pregunta si podrá la mujer impugnar los actos fraudulentos del -

marido, cuando y en qué condiciones.

Los actos que hemos llamado de fraude directo son impugnables. Lo son, evidentemente, los actos que encierran una simulación; los actos absolutamente simulados son totalmente nulos, y los relativamente simulados solo pueden ser eficaces cuando los actos disimulados cumplen a su vez los requisitos legales. También son nulos los actos efectuados con abuso de poder, según la doctrina entiende. En uno y otro caso entiende Cámara que la mujer puede ejercitar la acción de nulidad constante el matrimonio, sin esperar a la disolución de la sociedad conyugal. También Lacruz (108) y Puig Brutau (109). Ambos lo afirman y se lamentan de la doctrina del Tribunal Supremo, que analizan en numerosos fallos, según la cual, como resume la sentencia de 11 de Abril de 1962, "es notorio que desde que se realiza la enajenación puede decirse que nace para la mujer el derecho a demostrar el perjuicio que se le infiere, sin esperar a que se extinga la sociedad legal", pero eso no quiere decir -- que se anule ya el acto fraudulento o se dé algún otro efecto de presente, sino que los efectos se -

producirán al disolverse la sociedad, pues como - , sigue diciendo la sentencia "ese derecho de la mujer no significa otra cosa que una especie de información ad perpetuam, hecha en forma contradictoria para mayor solemnidad, a fin de obtener por medio de una ejecutoria la base accesoria y eficaz para que, llegado el caso de hacer el inventario ordenado en el artículo 1418 pueda traerse a colación el importe de las enajenaciones que deben considerarse ilegales o fraudulentas".

Tanto Lacruz como Puig Brutau dicen que no debe ser así; que la mujer debe poder hacer efectiva la reparación del perjuicio durante el matrimonio, y dirigir su acción contra terceros que no estén protegidos por el Registro de la Propiedad o por la posesión de buena fé; y si no cabe la restitución de la cosa enajenada, procederá la indemnización de daños y perjuicios.

En cuanto al plazo de la acción, la doctrina ^{se inclina/} ~~tada~~ por el de cuatro años contados desde la disolución del matrimonio, aunque durante el mismo ya pueda la mujer ejercitar la acción. Advierte Cámara que el hecho de que la mujer haya prestado su -

consentimiento al acto fraudulento no le impide ejercer la acción si no sabía que era fraudulento, por ejemplo si no sabía que era simulada la venta y envolvía una donación, pues no consentía la tal donación. (110)

Los actos que hemos llamado de fraude indirecto, por el contrario, no son impugnables en general. "Si lo fueran, dice Cámara, la contratación con maridos bajo el régimen de gananciales sería de una inseguridad total y absoluta". (111). Son actos reales, no simulados, y legalmente efectuados, el marido en uso de sus facultades legales.

Para impugnarlos, Cámara indica la posibilidad de asimilar tales supuestos a la rescisión y dar a la mujer una acción construida sobre los moldes de la pauliana. La mujer, dice Cámara, tiene un crédito -- contra el marido por el importe de lo defraudado, -- que deriva de un derecho (el de ser comunera en los bienes gananciales) que es anterior al acto de enajenación fraudulenta; luego puede ejercitar dicha -- acción rescisoria, siempre que se dé, como requisito esencial, la complicidad del adquirente, complicidad que existirá simplemente cuando dicho adquirente co-

nozca la intención fraudulenta del marido. Esta rescisión, como todas, es subsidiaria, o sea si la mujer no puede compensarse del daño por el otro camino, el de la imputación-colación. Y el adquirente tendrá acción para exigir del marido la devolución del precio con los intereses, acción que, aclara Cá mara, solamente podrá hacerse efectiva sobre los -- bienes futuros del marido, pues si los tiene suficientes en la actualidad no procede la rescisión; y si la rescisión se plantea después de disuelta la - sociedad, podrá ejecutarse inmediatamente sobre - - aquella parte de los bienes restituidos que haya si do adjudicada (por sobrante) al marido o a sus here deros (112)

NOTAS AL CAPITULO CUARTO

(1) CASTAN. "Derecho Civil Español común y fo--
ral." T V, Vol. 1, pág. 250, ed. 1976.

(2) DE CASTRO. "Derecho Civil de España", T II,
Vol. I, 1952, pág. 258.

(3) SANZ FERNANDEZ. "La situación de la mujer -
casada en Derecho Civil". Libro Homenaje a Ramón -
Ma Roca Gastre. Vol. II, 1976, pág. 821.

(4) SANZ FERNANDEZ, Ob. cit. pág. 821.

(5) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág.-
25, ed. 1976.

(6) CORTEZO. "Situación Jurídica de lá mujer ca
sada", pág. 329, 1975.

(7) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág.-
261, ed. 1976.

(8) DE CASTRO, Ob. cit. T II, Vol. I, pág. 254,
nota 2.

(9) LACRUZ BERDEJO. "El nuevo derecho civil de la mujer casada". Cuadernos civitas, pág. 48, año 1975.

(10) LACRUZ ALBALADEJO. "Derecho de Familia. - El Matrimonio y su economía". Barcelona 1963, pág. 200.

(11) LACRUZ. "El nuevo derecho civil de la mujer casada", Ob, cit. pág. 52.

(12) DE CASTRO. Ob. cit. T II, Vol. I, pág. - 254.

(13) PEREZ SANZ. "La situación jurídica de la mujer casada, derechos y deberes de los cónyuges". Tema desarrollado en las XIV Jornadas Notariales. Boletín de Información del Colegio de Granada, - 1976, pág. 45 y sigts.

Reproducido en la Revista de Derecho Notarial, Julio-Diciembre 1976, págs. 131-246.

(14) LACRUZ-ALBALADEJO, ob. cit., pag. 425.

(15) LACRUZ-SANCHO REBULLIDA. "Derecho de Familia" I, Barcelona 1974, pág. 255.

(16) PUIG BRUTAU. "Fundamentos de Derecho Civil", T IV, Vol. 1 "Derecho de Familia . El matrimonio".- Barcelona 1967, pág. 557.

(17) GONZALEZ ENRIQUEZ. "Responsabilidad patrimonial en el matrimonio". Revista de Derecho Español y Americano, Abril-Mayo-Junio 1959, pág. 800 y sgts.

(18) PUIG BRUTAU, Ob. cit. T IV, vol. I, Pág. 573.

(19) LACRUZ-ALBALADEJO, ob. cit. pág. 353.

(20) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág.- 554, ed. 1976.

(21) LACRUZ-ALBALADEJO, ob. cit. pág. 368.

LACRUZ-SANCHO REBULLIDA, ob. cit. págs. 217 y - 298.

(22) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 576, ed. 1976.

(23) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 576, ed. 1976.

(24) LACRUZ-ALBALADEJO, ob. cit. pág. 371.

(25) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 577, ed. 1976.

(26) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 578, ed. 1976.

(27) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 579, ed. 1976.

LACRUZ/
(28)/ALBALADEJO, ob. cit. pág. 369.

(29) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 579, ed. 1976.

(30) LACRUZ-ALBALADEJO, ob. cit. pág. 370.
LACRUZ-SANCHO REBULLIDA, ob. cit. pág. 218.

(31) LACRUZ-ALBALADEJO, ob. cit. pág. 369.

(32) LACRUZ-ALBALADEJO, ob. cit, pág. 374.

(33) GITRAMA. "El acto de administración en el -
Derecho Civil". Anales de la Academia Matritense --
del Notariado, T XIX, pág. 336.

(34) GITRAMA, ob. cit. pág. 354.

(35) ALVAREZ BEJIGA. "Inscripción en el Registro
de la Propiedad de compraventas de inmuebles por mu-
jer casada, sin intervención marital". Revista Crí-
tica de Derecho Inmobiliario. 1976, pág. 771, nº 515.

(36) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. -
391, ed. 1976.

(37) DE CASTRO, ob. cit. T II, Vol. I, pág. 254.

(38) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 871.

(39) FOSAR BENLLOCH. "La capacidad jurídica de -
la mujer casada". Revista Crítica del Derecho Immo-
biliario, 1975, pág. 271 y sig. y 485 y sig.

(40) SANZ FERNANDEZ, ob' cit. pág. 867.

(41) GITRAMA, ob. cit. pág. 348.

(42) ALVAREZ BEJIGA, ob. cit. pág. 775.

(43) RODRIGUEZ ADRADOS. "Disposición onerosa de inmuebles gananciales". Revista de Derecho Notarial. Enero-Diciembre 1958, pág. 203, nota 174.

(44) LACRUZ-ALBALADEJO, ob. cit. pág. 534.

(44,1) MANRESA "Comentarios al Código civil español", T IX, ed. 1950, pág. 117.

(44,2) ESCRIBA DE ROMANI. "Titularidad y disposición de bienes gananciales". Revista de Derecho Español y Americano. Enero-Marzo 1959, pág. 773.

(44,3) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 954.

(44,4) CAMARA. "El nuevo artículo mil cuatrocientos trece del Código civil." Anuario de Derecho Ci--

vil. Separata 1960, pág. 88 y 89.

(44,5) CAMARA. "El nuevo artículo mil cuatrocientos trece del Código civil", ob. cit. pág. 92.

(45) LACRUZ-SANCHO REBULLIDA, ob. cit. pág. 323.

(46) DE CASTRO. "Compendio de Derecho Civil". Madrid 1964, pág. 241.

(46 bis). CAMARA. "El nuevo artículo mil cuatrocientos trece del Código Civil", ob. cit. pág. 81.

(47) CAMARA. "La separación de hecho y la sociedad de gananciales". Anuario de Derecho Civil. Separata 1969, pág. 173.

(48) DE CASTRO. "Compendio de Derecho Civil". Madrid 1964, pág. 241.

(49) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág.-425, nota 2, ed. 1976.

(50) LACRUZ-SANCHO REBULLIDA, ob. cit. pág. 324.

(51) DE CASTRO. "Compendio de Derecho Civil", - .
ob. cit. pág. 242.

(51 bis) CAMARA. "El nuevo artículo mil cuatro-
cientos trece del Código civil," ob. cit. pág. 82.

(52) DE CASTRO. "Compendio de Derecho Civil", -
ob. cit. pág. 242.

(53) Autores citados por CASTAN en su "Derecho-
Civil", T V, Vol. 1, pág. 425 y 426 ed. 1976.

(53 bis) COSSIO. "La sociedad de gananciales", -
pág. 196, 1963.

(53 ter) CAMARA. "El nuevo artículo mil cuatro--
cientos trece del Código civil," ob. cit. pág. 81.

(54) DE CASTRO. "Compendio de Derecho Civil"ob.
cit. pág. 242.

(55) CASTAN. "Derecho Civil", T V, vol. 1, pág.
426 ed. 1976.

(56) Puede verse en BENEYTO ("Instituciones de Derecho Histórico Español" Bosh 1930, T I, pág. - 191) una curiosa explicación de este brocardo, - que el decir de Beneyto no proviene de una diferencia de valor económico sino de valor político : - en el sistema feudal, el feudo tiene por base la tierra y la distinción entre propiedad de muebles y de inmuebles.

(57) CAMARA. "El nuevo artículo mil cuatrocientos trece del Código civil", ob. cit. pág. 148.

(58) CAMARA, Ob. últ. cit. pág. 169.

(59) DE CASTRO. "Compendio de Derecho Civil", - ob. cit. pág. 240.

(60) RODRIGUEZ ADRADOS. "Disposición onerosa - de inmuebles gananciales". Revista de Derecho Notarial, Julio-Diciembre 1958, pág. 181 a 192.

(61) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 415, ed. 1976.

(62) CHICO Y BONILLA, "Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral", Vol. II, pág. 78, Madrid 1968.

(63) DE CASTRO. "Compendio de Derecho Civil", - ob. cit. pág. 252.

(64) RODRIGUEZ ADRADOS "Disposición onerosa de inmuebles gananciales, ob. cit. pág. 196.

(65) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág.- 417, ed. 1976.

(66) CAMARA, "El nuevo artículo mil cuatrocientos trece del Código civil". "Trabajos diversos", - ob. cit. pág. 76.

(67) CAMARA, ob. cit. pág. 76.

(68) CAMARA. "El nuevo artículo mil cuatrocientos trece del Código Civil", ob. cit. pág. 77.

(69) RODRIGUEZ ADRADOS. "Disposición onerosa de inmuebles gananciales", ob. cit. pág. 197.

(70) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 835.

(71) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 938.

(72) CAMARA. "El nuevo artículo mil cuatrocientos trece del Código civil", ob. cit. pág. 69.

(73) BONET "Compendio de Derecho Civil", T IV, pág. 416, 1960.

(74) CAMARA. "El nuevo artículo mil cuatrocientos trece del Código civil", ob. cit. pág. 70.

(75) BONET. "Compendio de Derecho Civil", T IV, págs. 416-417.

(76) RODRIGUEZ ADRADOS. "Disposición onerosa de inmuebles gananciales", ob. cit. pág. 197.

(77) DE CASTRO. "Compendio de Derecho Civil", - ob. cit. pág. 252.

(77 bis) CAMARA. "La separación de hecho y la so

ciedad de gananciales". Anuario de Derecho Civil, -
1969. Separata, págs. 172 y sig.

(78) ESCRIBA DE ROMANI. Citado por Castán en su-
"Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 408, ed. 1976.

(79) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág.
408, ed. 1976.

CASTAN/

(80)/"Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 420, -
ed. 1976.

(81) DIEZ PICAZO Y GULLON. "Instituciones de -
Derecho Civil", Vol. II, pág. 397, 1976.

(82) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág.
422, ed. 1976.

(83) RODRIGUEZ ADRADOS/ "Disposición onerosa de
inmuebles gananciales;" ob. cit. pág. 213.

(84) Ver CASTAN, "Derecho Civil", T V, Vol. 1, -
pág. 318, nota 8, ed. 1960.

- (85) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 940 y 941. .
- (86) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 423, ed. 1976.
- (87) SANZ FERNANDEZ, ob. cit, pág. 943.
- (88) SANZ FERNANDEZ, ob. cit, pág. 945.
- (89) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 948.
- (90) CAMARA. "El nuevo artículo mil cuatrocientos trece del Código civil", ob. cit. pág. 23 y 67.
- (91) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 950.
- (92) PUIG BRUTAU. "Fundamentos de Derecho Civil", T IV, Vol. 1. "Derecho de Familia. El matrimonio", pág. 766. 1967.
- (93) LACRUZ-ALBALADEJO, ob. cit. pág. 548. .
- (94) CAMARA. "El nuevo artículo mil cuatrocientos trece del Código civil", ob. cit, págs. 115 a -

118.

(95) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 400, edi. 1976.

(96) CAMARA. "El nuevo artículo mil cuatrocientos trece del Código civil", ob. cit. pág. 97.

(97) LACRUZ-ALBALADEJO, ob. cit. pág. 549.

(98) LACRUZ-ALBALADEJO, ob. cit. pág. 549.

(99) PUIG BRUTAU, ob. cit. T IV, Vol. I, pág. - 767.

(100) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 403, ed. 1976.

(101) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. I, pág. 402, ed. 1976.

(102) COSSIO. "La sociedad de gananciales", pág. 224. 1963.

- (103) LACRUZ-ALBALADEJO, ob. cit. pág. 550.
- (104) PUIG BRUTAU, ob. cit. T IV, Vol. I, pág. 768.
- (105) CAMARA. "El nuevo artículo mil cuatrocientos trece del Código civil", ob. cit. pág. 97.
- (106). CAMARA. "El nuevo artículo mil cuatrocientos trece del Código civil", ob. cit. pág. 100.
- (107) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. - 403, ed. 1976.
- (108) LACRUZ-ALBALADEJO, ob. cit. pág. 555.
- (109) PUIG BRUTAU, ob. cit. T IV, Vol. I, pág, 768.
- (110) CAMARA. "El nuevo artículo mil cuatrocientos trece del Código civil", ob. cit. pág. 102.
- (111) CAMARA. "El nuevo artículo mil cuatrocientos trece del Código civil", ob. cit. pág. 105.

(112) CAMARA. "El nuevo artículo mil cuatrocientos trece del Código civil", ob. cit. pág. 109.

CAPITULO QUINTO

EFECTOS DEL MATRIMONIO QUE AFECTAN SOLAMENTE A LA MUJER.

Así como los efectos del matrimonio que afectan solamente al marido pueden ser calificados de efectos que significan ampliación de su capacidad de obrar, en cambio los que afectan solamente a la mujer se pueden calificar como restrictivos de su capacidad. Aun desaparecida la Licencia marital, quedan algunos otros efectos que coartan en cierto modo la plena capacidad o independencia de obrar de la mujer, y que son los relativos a su vecindad civil ; los relativos a las facultades que le corresponden sobre cierta clase de sus bienes propios ; y los relativos a sus facultades sobre bienes gananciales. Los veremos brevemente.

1) Efectos relativos a la nacionalidad y a la vecindad civil de la mujer casada.

Dice Castro que vecindad es "el término arbitra

rio elegido por el legislador para denominar la - condición de la persona que, respecto a las relaciones jurídicas del estatuto personal, determina, respectivamente, la aplicación del régimen de las disposiciones especiales del Código civil y la de cada uno de los regímenes forales". (1)

De arbitrario vemos que califica Castro el término vecindad. De modo parecido opina González de Liria cuando dice "el término no es muy adecuado-pues no se basa en la condición de vecino".(2).

A pesar de esa falta de adecuación, como dice-el mismo Gonzalo de Liria de todos los nombres utilizados o propuestos es el que se ha impuesto en-el ámbito legal. Y así el nuevo art. 14 (reformado por decreto de 31 de Mayo de 1.974) lo emplea-y dice que "la sujeción al derecho civil común o-al especial o foral se determina por la vecindad-civil."

Así pues ha venido el Código a terminar con la dificultad de encontrar palabra justa para expresar esa sujeción, que ponía de manifiesto Castro. (3). Rechazaba Castro la denominación de "regionalidad" por el grave defecto de su inexactitud, ya

que no se podía ni puede considerar de condición-regional al sometido al Derecho común, al Fuero - del Baylío o a las costumbres de Tortosa. Y tras-rechazar las frases de "ciudadanía o provincialidad civil", "ciudadanía foral", "aforados y no aforados" acababa por preferir la de "vecindad civil" como ha hecho el Código.

La sumisión a una determinada de las varias legislaciones civiles que rigen en España es importante, por cuanto puede significar variación de capacidad. En la materia que tratamos, de los cónyuges, no son iguales las normas en cada Legislación civil foral y en el Código, por ejemplo entre cónyuges sujetos al derecho especial de Aragón son posibles las donaciones.(art. 24 Compilación).

La norma que ha venido rigiendo en este punto de vecindad civil ha sido la de la Unidad de la familia, unidad de familia.que, hasta la reforma de 2 de Mayo de 1975, se aplicaba al plano de la Nacionalidad y al de la Vecindad civil. La unidad se refería de una parte a los cónyuges, en donde la mujer seguía la condición del marido, y de otra --

parte a los hijos no emancipados, que seguían la condición de su padre, y en defecto de éste, la de su madre.

1.1) Supresión del principio de la unidad de la familia, en orden a la nacionalidad.

Refiriéndonos solamente a la relación entre -- cónyuges, la unidad en orden a la nacionalidad se derivaba de los artículos 21 y 23 del Código en su redacción antigua, que establecían con claridad que la extranjera que contraía matrimonio con español adquiría la nacionalidad de su marido; y también que la española que casaba con extranjero perdía la nacionalidad española si adquiría la -- del marido. Y la unidad en vecindad civil, se encontraba en el viejo artículo 15 según el cual la mujer seguía en esa materia la condición del marido.

La reforma del Código del año 1975 ha venido a romper ese principio de la unidad en cuanto al aspecto de la nacionalidad; y lo ha dejado vigente en cuanto al aspecto de la vecindad civil.

En orden a la nacionalidad, los artículos 21 y

23 han sido redactados de nuevo. El 21 dice ahora- que el cónyuge español (nótese que la redacción de este artículo sigue la línea que ya he hecho notar de hablar de "cónyuge" o de "persona casada", no - de mujer casada, para remarcar la equiparación entre marido y mujer), solo perderá su nacionalidad- por razones de matrimonio con persona extranjera - si adquiere voluntariamente la de ésta. El 23, por su parte, sencillamente elimina el casamiento con- extranjero de entre las causas de pérdida de la na cionalidad española.

El fundamento que el Código haya tenido para un cambio tan importante lo dá la Exposición de Moti- vos de la Ley de reforma. Es curioso leerla.

Dice textualmente : "En materia de nacionalidad- de la mujer casada, el Código civil aplica en for- ma rigurosa el llamado principio de la unidad de - la familia. De esta suerte, la mujer que contrae - matrimonio adquiere la nacionalidad del marido, -- salvo cuando excepcionalmente el Ordenamiento jurí- dico de éste se la niegue". Quien recuerde bien la letra del Código antes de la reforma de 1975, o -- relea el texto viejo, podrá comprobar que el Cód-

go no decía eso ; el viejo artículo 23 en su número 3, como antes he dicho, establecía en materia de pérdida solamente la pérdida de la nacionalidad de la española que contraía matrimonio con extranjero, "si adquiría la nacionalidad de su marido".

Volviendo a la Exposición de Motivos, expresa ésta que el principio de unidad de familia pudo -- tener razones históricas, en épocas en que las comunidades nacionales eran compartimientos poco comunicados ; pero no tiene razón de ser hoy día, -- por la multiplicación de las relaciones internacionales, tanto a escala de los Estados como de las personas, y en el decidido tránsito hacia comunidades más amplias, "no se vé razón suficiente para que una misma familia no pueda estar compuesta -- por personas de diferentes nacionalidades", concluye.

La española, pues, según el artículo 21, al casarse con un extranjero, no deja de ser española -- aunque la Ley de la nación del marido comunique -- automáticamente su nacionalidad. Es preciso que -- voluntariamente quiera dejar de ser española. Es --

ta voluntariedad de la mujer española se manifiesta por el casamiento y la declaración de voluntad consiguiente. No hace falta ningún otro requisito, no son pues exigibles los requisitos para la pérdida voluntaria que señala el art. 22 párrafo segundo del Código civil. Así lo entiende Sanz Fernández.(4)

Opinión contraria tiene Díez Picazo, quien refiriéndose a la española que casa con extranjero y pierde voluntariamente la nacionalidad dice - "Queda así englobado el supuesto de pérdida de la nacionalidad por el cónyuge español que se ha casado con extranjero en el mas general de la pérdida de la nacionalidad española por adquisición voluntaria de otra nacionalidad extranjera del artículo 22"(5). Por lo tanto, según Díez Picazo, los requisitos que exige el artículo 22 para perder voluntariamente la nacionalidad española son también aplicables a la pérdida por matrimonio con persona extranjera (ser mayor de edad o emancipado; haber residido en el extranjero tres años; y en los varones no estar sujeto al servicio militar activo o haber obtenido dispensa). Se apoya -

para esa opinión en el párrafo tercero del mismo artículo 22 cuando dispone que "no podrá perderse la nacionalidad española por adquisición voluntaria de otra, incluso por razón de matrimonio, si España se hallare en guerra". (6)

Esta opinión no ha sido la aceptada por el Ministerio de Justicia, que en Resolución de 26 de Noviembre de 1975 acuerda no considerar exigibles los requisitos del artículo 22 párrafo 2º para la inscripción en el Registro civil de la pérdida de la nacionalidad española por razón de matrimonio regulada en el artículo 21, párrafo 2º. Y es curioso que la Resolución utilice como argumento, aunque para sacar conclusiones totalmente opuestas, la misma frase del artículo 22 utilizada por Díez Picazo, la frase "incluso por razón de matrimonio", empleada para dejar en suspenso la pérdida voluntaria de la nacionalidad cuando España se halle en guerra, lo que, dice la Resolución, "únicamente tiene sentido si se interpreta a sensu contrario que al repetido supuesto de pérdida por razón de matrimonio no le son aplicables los requisitos exigidos por el pá

rrafo 2º del mismo artículo 22".

La falta de unidad para el matrimonio en materia de nacionalidad también se refleja en el cambio de nacionalidad efectuado posteriormente al matrimonio.

Del mismo art. 21 antes citado "el matrimonio -- por sí solo no modifica la nacionalidad de los cónyuges....." resulta que el cambio de nacionalidad del marido no se extiende a la mujer, y de igual manera el cambio de la nacionalidad de la mujer -- aunque se trate de extranjera que se convierte en española no produce efectos en el marido, en ambos casos ni siquiera la opción que señala el párrafo tercero del art. 21 del Código civil. Así resulta de la supresión del antiguo nº cuarto del art. 23 -- y se recoge en la instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de Noviembre de 1975, apartado II.

Es importante señalar que con la reforma ha desaparecido el último inciso que tenía el párrafo segundo del art. 22, en su vieja redacción que expresamente prohibía a la mujer española casada adquirir por si sola voluntariamente otra nacionalidad--

a menos de que estuviera separada legalmente. O sea hoy día cualquiera que sea su situación matrimonial la mujer casada puede cambiar de nacionalidad voluntariamente, y sin consentimiento del marido.

Es también de notar que al haber suprimido la pérdida en la mujer casada de la nacionalidad española por casarse con extranjero, si según la Legislación de éste, la española adquiere de pleno derecho su nacionalidad, se producirá para ella, necesariamente, la situación de doble nacionalidad.

1,2) Mantenimiento del principio de la unidad de la familia en orden a la vecindad civil.

El principio de la unidad, en materia de vecindad civil, no ha sido modificado por la reforma de 1975. Sigue vigente. Ya no está declarado en el artículo 15, porque la reforma del Título Preliminar de 31 de Mayo de 1974 lo pasó al artículo 14; este artículo 14, más técnico que antes, comienza por aclarar que la vecindad civil es la que determina la sujeción al derecho civil común-

o al especial o foral. Y en su punto 4, dice ? "La mujer casada seguirá la condición del marido, y -- los hijos..."

No hay explicación en la Exposición de Motivos de la Ley de reforma de por qué se considera anticuado el principio de la unidad en materia de nacionalidad, y no en materia de vecindad civil.

García Cantero y Castán Vázquez, (7) dicen que la nacionalidad es materia que participa del Derecho público, mientras que la vecindad es puramente de Derecho privado; "en la primera puede ser necesaria la diferencia de nacionalidad entre los cónyuges para el ejercicio de derechos políticos o laborales, mientras que en la segunda los derechos ejercitables pertenecen a la esfera del Derecho civil". Por eso encuentran justificado que haya dos regímenes diferentes.

Si la mujer casada sigue -- la condición del marido, si ve variada su vecindad civil por causa de su matrimonio, surge inevitablemente la pregunta -- de qué ocurre en caso de disolución del matrimonio, si recupera o no su vecindad de soltera,

Entiende Castro que no. "El art. 15 (se refiere

a la numeración anterior a 1974, hoy es el 14) desconoce la recuperación de la vecindad". (8).

En nota a pie de página explica esta opinión diciendo que los supuestos de adquisición de vecindad establecidos por el art. 15 no cabe ampliarlos, y que no se facilita la recuperación de la vecindad como sí ^{se}que/hacía para la española que había perdido la nacionalidad por matrimonio en el antiguo art. 25, por no existir el interés de facilitar la vuelta a la patria, y en cambio desconfiar de los cambios bruscos de vecindad.

En la misma nota cita Castro a Corbella y a Coll como contrarios a esta opinión, según ellos sería aplicable por analogía el antiguo art. 22 del Código civil (de recuperación de la nacionalidad) y podría la viuda recuperar su antigua vecindad por simple declaración ante el encargado del Registro de su domicilio.

Gonzalo de Liria cita como asimismo contrarios a la opinión de Castro a Ogayar, Balbontín y Simo-Santonja, según ellos no hace falta tiempo ninguno de residencia para que la viuda recupere la vecindad, sino tan solo su manifestación de voluntad an

te el Encargado del Registro Civil. Esta es también la opinión del mismo Gonzalo de Liria,(9)

Se plantea en este punto la cuestión siguiente. El artículo 15 del Código dice que "la adquisición de la nacionalidad española lleva aparejada la vecindad civil común, a menos que el extranjero residiere en un territorio de derecho especial o foral durante el tiempo necesario para ganarla según el artículo anterior, y en el expediente de nacionalidad hubiere optado por la vecindad foral o especial".

Ha venido el Código a resolver en sentido negativo la vieja disputa de si el extranjero que se hace español por residencia en un territorio foral adquiriría a la vez que la nacionalidad española la vecindad foral correspondiente.(10). Pero provoca esta otra cuestión: la de si la extranjera que casa con español aforado y viene de su país, aunque en el expediente de nacionalidad opte por la sumisión a la legislación foral de su marido, adquiere esa vecindad civil, o no la adquiere por faltarle la residencia durante el tiempo que marca el artículo 14, pues como digo se supone que-

acaba de llegar a España.

El artículo 15 del C.c. no contempla expresamente ese supuesto. El artículo 15 solamente contempla la adquisición de la vecindad civil aforada mediante ^{el/} requisito de la residencia.

Creo por eso que el supuesto en que la persona-extranjera adquiera la nacionalidad española, no - por residencia, sino por matrimonio queda fuera del requisito de residencia del art. 15. A la extranjera que casa con español le será aplicable el art.-14, nº 4 según el cual seguirá la condición de su marido. Este art. 14 señala los tiempos de residencia necesarios para ganar vecindad civil según los casos; para los del nº I del párrafo 3, dos años; para los del nº II del párrafo 3, diez años; para los del párrafo 4 (casamiento) ningún tiempo de residencia. A la extranjera que casa con español aforado le bastará adquirir la nacionalidad española de modo voluntario, como ordena el art. 21 del Código civil, y dentro del expediente de adquisición optar por la vecindad foral de su marido, como quiere el art. 15.

No necesitará residir previamente en el territorio

rio aforado.

Queda la cuestión de que la extranjera que case con aforado, en el expediente de adquisición de nacionalidad no opte por ninguna vecindad civil concreta, u opte por Vecindad civil distinta de la que tenga su marido.

Por las razones antes dichas, o sea si consideremos que el caso del matrimonio no está dentro de la norma del art. 15, sino de la del art. 14.-cuatro, parece que la conclusión es la de que también en estos casos la mujer adquirirá la vecindad foral de su marido, puesto que ese punto cuatro es imperativo : "la mujer casada seguirá...."

Aunque lo lógico es que en el expediente para la adquisición de la nacionalidad española se le exiga que opte por la vecindad civil de su marido, para poder tramitar dicho expediente conforme el art. 14.

Otro punto interesante es el de si la mujer casada seguirá la condición de su marido en todas las circunstancias o quedará eximido en algunos casos.

El art. 14 no hace ninguna distinción, pero es

lícito plantearse la pregunta de si la mujer casada tendrá que seguir con la misma vecindad en el caso en que su marido estuviese por ejemplo incapacitado.

En aquellos supuestos en que se transmite a la mujer la administración de los bienes del consorcio, el art. 1.442 establece que la mujer tendrá idénticas facultades y responsabilidad que el marido cuando la ejerce; aunque ese artículo se refiere a la gestión de los bienes, señala el espíritu de la Ley, que trata de igualar a marido y mujer cuando las circunstancias así lo exijan,

Volviendo al caso planteado, si el marido está declarado incapaz, por ejemplo, por enajenación mental, y tiene vecindad común habría que admitir -- que su mujer, si se traslada a Barcelona para fijar residencia allí, acogiéndose al art. 58 y cumple con los requisitos exigidos por la Ley (art.-14), ganase vecindad catalana; no solo ella, sino que en cuanto ejercite la patria potestad de los hijos comunes también la ganarían. En cuanto al marido incapaz la conclusión lógica sería que tam--bién ganará la vecindad foral catalana.

2) Efecto relativos a las facultades de la mujer en cuanto a sus bienes propios.

Esta materia ha sufrido una fuerte modificación con la reforma de 1975, al suprimir la licencia marital. Pero aún así, y habiendo sin duda mejorado la situación de la mujer, sigue ésta con algunas restricciones a su capacidad, que más técnico sería llamar restricciones a su poder de disposición.

Conviene distinguir en orden a los bienes parafernales y a los bienes dotales.

2.1) En cuanto a bienes parafernales.

Muy en síntesis, es de recordar que en la legislación anterior a la reforma, la mujer casada tenía en cuanto a sus parafernales, la administración, a no ser que la hubiera entregado al marido, (art. 1.384 C.c.) ; y no podía, sin licencia del marido enajenar, gravar ni hipotecar esos bienes parafernales, ni comparecer en juicio para litigar sobre ellos (art. 1.387 antiguo del C.c.)

Por la reforma de 1975 no se altera el texto --

del artículo 1.384 ; pero se modifica el 1.387 que pasa a establecer : "La mujer puede disponer por sí sólo de los bienes parafernales, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61 de este Código".

En cuanto a la administración, el poder administrar que tenía la mujer, sigue, diríamos que reforzado o aclarado porque al no necesitar licencia marital en general, no caben las dudas de si ciertos actos de administración necesitaban licencia.

También se puede afirmar que en general la mujer puede recuperar cuando quiera la administración entregada al marido.

Si lo fué en acto distinto de las capitulaciones, porque el marido es un apoderado, y como tal revocable. Resulta del nuevo artículo 1.383, y más claramente de los arts. 1.389 y 1.391 que se remiten para ese caso a las reglas del mandato.

Si la administración se entregó en capitulaciones, la actual mutabilidad de estas capitulaciones permite nuevo pacto que deje sin efecto la administración entregada.

Otra cosa es que, pactada en capitulaciones la-

administración, pueda dejarla sin efecto la mujer, unilateralmente. Habrá que cumplir el pacto, que - constituirá una de las varias restricciones a la - capacidad, nacida de la voluntad de los cónyuges - manifestada en capitulaciones matrimoniales, grupo de restricciones al que he dedicado una parte de - este trabajo.

Esta situación que acabo de exponer no era así - antes de la Reforma de 1975. La doctrina solía dis - tinguir entre administración entregada en capitula - ciones y la entregada posteriormente por escritura ante Notario.

En el primer caso era irrevocable por ser enton - ces irrevocables las capitulaciones (art. 1.320 C. c.), y para su devolución había que atenerse al - art. 1.391 que disponía su procedencia solamente - "en los mismos casos y en la propia forma que la - de los bienes dotales inestimados".

En el segundo caso hubo diversidad de opiniones. Para Sanz Fernández (11), tal entrega de administra - ción no podía ser revocada por la mujer, dados los - términos del art. 1391 del Código. Este artículo es - timaba Sanz que era de aplicación inderogable. El -

art. 1.391 nos remitía al art. 1.365, y éste solamente permitía la devolución por disolución o nulidad del matrimonio, por transferir a la mujer la administración de sus bienes, o por decreto de los Tribunales ; nunca por voluntad de la mujer.

Castán (12) no veía en cambio ningún problema - en que la mujer recuperara o revocara la administración de sus parafernales, pues, decía, "no hay disposición legal que impida a la mujer recobrar su derecho", salvo claro es - que en la entrega - hubiera habido pacto sobre plazos o condiciones, - pues en estos casos, seguía diciendo, "habrán de aplicarse las reglas generales de las obligaciones y contratos". La opinión de Castán fué seguida por Burón (13), Bonet (14) y Borrell (15).

Lacruz y Sancho Rebullida (16) decían que "sobre la base del art. 1.391 cabría mantener la irrevocabilidad de toda entrega que no comporte estipulación en contrario, puesto que tal precepto, sin distinción, somete la restitución de los parafernales entregados al régimen de la dote inestimada" . Pero añaden, se puede concluir que de acuerdo con nuestro Derecho histórico, que preveía la entrega -

del señorío al marido mientras durase el matrimonio; la mujer podrá pedir la devolución de los parafernales también cuando en la propia escritura de entrega se haya reservado la facultad de pedir la restitución".

A estas dos situaciones hay que añadir una tercera, muchas veces pasada por acto por la doctrina, o sea el simple otorgamiento de poder al marido para que administre los bienes parafernales. Esta situación es muy diferente de la entrega formal bajo fé de Notario. Como dice Cámara "la entrega requiere una declaración en tal sentido, la recepción o aceptación del marido, y la determinación de los bienes cuya administración se transfiere, requisito éste último necesario, parece, para que pueda entenderse efectuada la entrega aunque sea en forma "ficta" o instrumental. No puede presumirse en la mujer que solamente concede a su esposo un poder general de administración, e incluso de disposición, la voluntad de despojarse ella misma de la facultad de administrar, que es cabalmente la consecuencia que se sigue de la entrega bajo fé de Notario, a que se refiere el artículo 1.384, y que constituye a los parafernales en si-

tuación no idéntica, pero si bastante similar, a la de los bienes dotales inestimados. A mi juicio, -si gue diciendo Cámara- la doctrina no matiza suficientemente esta distinción cuando se refiere tan solo a la administración de los parafernales encomendada tácitamente al marido, siendo así que, en mi opinión, es perfectamente posible que la administración se confíe expresamente al esposo, sin que ésta administración implique entrega de los parafernales, en el sentido estricto y riguroso que la expresión tiene en el artículo 1.384". (17)

Después de la Reforma sigue vigente la duda que en orden a la administración se planteaba, de si la mujer era verdaderamente administradora de sus parafernales, porque, se decía : los frutos o productos de esa administración son gananciales, y debe entregarlos al marido. Es una administradora, se aclaraba, que no puede disponer del producto de su administración. Si acaso se añadía es una administradora equiparada al administrador de bienes ajenos ; - no un administrador en bienes propios como lo son los parafernales.

Aunque encierra buena parte de verdad, esa expo-

sición es exagerada. La mujer tiene la administración de sus parafernales, y puede por lo tanto, - con entera libertad, decidir sobre todo lo concerniente a la administración, por ejemplo, sobre la clase de cultivo y forma de realizarlo, sobre si se arrienda o no, sobre los gastos de conserva---ción, etc. Son cuestiones de gran importancia para el patrimonio, sobre las que el marido no puede intervenir. Los frutos que debe entregar la mujer son los líquidos, y está obligada a entregarlos; quiere ésto decir que ni el marido puede percibirlos directamente, ni puede exigirlos sin que la mujer detraiga de ellos todo lo necesario para la conservación de los bienes y los gastos de la administración. (18). Sobre esta materia ya he hecho algunas indicaciones, en el capítulo anterior al hablar de las facultades del marido sobre los parafernales.

Como dije en dicho lugar el marido no tiene una libre disposición de esos productos líquidos. Los recibe para atender a las cargas del matrimonio, y también para pagar sus obligaciones personales - - cuando se pruebe que redundaron en provecho de la-

familia (arts. 1385 y 1386 del C.c.).

Estos dos preceptos no han sido modificados en la reforma de 1975. Ha sido modificado en cambio el 1.388 que disponía que cuando los parafernales cuya administración se reserva la mujer consistan en metálico o efectos públicos o muebles preciosos, el marido tendrá derecho a exigir que sean depositados o invertidos en términos que hagan imposible la enajenación o pignoración sin su consentimiento. Ha sido modificado para suprimir totalmente esa restricción que la mujer tenía; lo que refuerza más su carácter y facultades de administradora.

Cuanto va dicho en orden a la administración es aún más claro si en vez de regir el sistema de gananciales rige el de separación. En tal caso la mujer administra sus bienes, y solamente está obligada a contribuir al levantamiento de los gastos o cargas del matrimonio en la forma que tengan convenido o en proporción a su fortuna. (art. 1436)

En orden a la disposición de los bienes para--

fernales, la reforma ha introducido una gran novedad: ha suprimido la licencia marital en general, y concretamente en el citado artículo 1387- en cuando los bienes parafernales. Dispone ahora ese precepto que "puede disponer por sí sola" -- sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61- de éste Código, precepto que se refiere a la mujer menor de edad, y que ya ha sido examinado en otra parte de este trabajo.

No tiene, pues la mujer restricción ninguna - en su actuar jurídico sobre los bienes parafernales en orden a su disposición, gravámen o enajenación. Lo cual es en cierto modo un contrasentido, pues para lo menos, la administración, tiene el deber de entregar los productos líquidos - al marido; mientras que para lo más, la enajenación, no tiene deber ninguno ni hay ningún control del marido.

Esa falta de intervención del marido a tenor- del artículo 1387 del Código, es probablemente - una falta de armonía del artículo del mismo Código. Antes de la reforma, ese precepto sujetaba a la mujer a la licencia marital, con lo que encajaba

con el artículo 59 del Código que concede al marido la administración de los bienes de la sociedad conyugal. El marido administrador cuenta con unos ingresos, parte de los cuales proceden de los bienes parafernales, y conforme a ellos marca el tenor de vida de la familia y concretamente del matrimonio. Antes de la reforma no se le privaba de esos ingresos, normalmente, sin su consentimiento ya que era precisa la licencia marital para que la mujer enajenase sus bienes ó efectuara en -- ellos alteraciones substanciales. Después de la -- reforma, al hacer desaparecer la licencia marital y dejar sin embargo en el artículo 59 la misma -- afirmación de que el marido es el administrador -- de la sociedad conyugal, esta administración queda un tanto en entredicho. Mal puede contar el marido con los ingresos de los parafernales, si la esposa los puede enajenar libremente, y libremente puede transformar un fundo productivo o un paquete de buenos valores de renta, en una joya -- que, por mucho que luzca, es improductiva.

En orden a la disposición efectuada por la mujer de sus parafernales, el art. 1387 reformado --

hace una referencia al art. 61 del mismo Código, - o sea, recuerda que si la mujer es menor de edad, necesitará para cierto actos, los que el mismo - art. 61 señala, el complemento de capacidad que - significa el consentimiento de su padre, madre, o tutor.

Esta referencia es inútil. Aun cuando no se hubiese hecho, habría que cumplir lo que ordena el art. 61. Nótese que en materia de administración - el art. 1384 no se remite al art. 60, que cuando la mujer es menor de dieciocho años también exige para ella el complemento de capacidad del dicho - consentimiento de su padre, madre o tutor.

Parece que esta inútil referencia al art. 61 - está puesta para resolver la vieja discusión doctrinal que todo estudiante podía leer en las páginas del viejo Castán, sobre si la mujer menor de edad podía enajenar sus parafernales tan solo con la licencia de su marido o necesitaba también la - de su padre, madre o tutor. Por sobradamente conocida, me excuso de repetirla aquí. (19)

Para acabar con estas indicaciones sobre la enajenación de parafernales y la Reforma de 1975 se -

hace preciso indicar que también ha sido reformado en su redacción el art. 1.390 del Código civil.

Antes de la Reforma decía que "la enajenación de los bienes parafernales dá derecho a la mujer para exigir la constitución de hipoteca por el importe del precio que el marido hubiese recibido. Tanto el marido como la mujer podrán, en su caso, ejercer respecto del precio de la venta el derecho que les otorga los arts. 1.384 y 1.388".

La actual redacción dice "la enajenación de los bienes parafernales da derecho a la mujer para exigir la constitución de hipoteca por el importe del precio, si lo hubiera entregado al marido".

La frase de esta nueva redacción "si lo hubiere entregado al marido", gramaticalmente es clara. Se refiere al importe del precio.. Es ese importe el que, si lo entrega al marido, o no lo entrega, origina en la mujer o no, el derecho de exigir de su marido la constitución de la hipoteca. Nada influye el que los bienes parafernales enajenados estuvieran o no previamente entregados al marido. En este mismo sentido se pronuncia Sanz Fernández. --

En resumen se puede decir :

Se mantiene el régimen anterior a la Reforma - en cuanto a la determinación de que bienes son pararafernales y de que el dominio de éstos corresponde a la mujer; no han sido modificados los arts.- 1381 y 1382.

Se mantiene también el régimen anterior en - - cuanto a calificar de gananciales los frutos de los bienes parafernales y estar afectos a levantar las cargas del matrimonio, no pudiendo hacerse efectiva sobre ellos las obligaciones personales del marido, a menos que se pruebe que redundaron en provecho de la familia; pues tampoco han sido modificados los arts. 1385, 1386 y 1401 n.º 3 del Código civil.

Se mantiene así mismo el régimen anterior en - cuanto a la administración que correspondía y sigue correspondiendo a la mujer, si bien ahora con algún pequeño incremento de las facultades de la mujer, por la reforma de los arts. 1388 y 1391 -- que acabamos de examinar.

Y varía sustancialmente el régimen en cuanto a la enajenación, por haberse suprimido la licencia

marital.

2.2) En cuanto a los bienes dotales.

Distinta de los parafernales es la situación de la mujer en cuanto a los bienes dotales. Me refiero exclusivamente a los dotales inestimados, pues solamente éstos son los que quedan propiedad de la mujer casada.

No hablamos aquí de la enajenación de los bienes de la dote estimada, porque, dada su regulación legal, funciona como bienes privativos del marido.

Sobre los bienes de la dote inestimada el marido es administrador y usufructuario (art. 1.357 C. c.). No, puede, pues, la mujer efectuar ningún acto de administración sobre esos bienes. Situación completamente diferente que respecto de los parafernales.

No vamos a entrar en el estudio de las facultades del marido, pues cuando hemos visto la influencia del matrimonio en cuanto a la capacidad del marido he hecho ya unas indicaciones al respecto, -- concretamente sus facultades en orden a la adminis

tracción y usufructo de la dote inestimada.

Allí se ha visto que el marido tiene un derecho especial que excede de un simple derecho de administración y de usufructo.

Consecuencia de ser así es que también es especial el derecho de la mujer sobre esos mismos bienes. No es una nuda propietaria normal, que pueda transmitir su nuda propiedad sin contar con el usufructuario. El artículo 1.361 del Código dispone que "la mujer puede enajenar, gravar e hipotecar los bienes de la dote inestimada, con consentimiento de su marido".

Es ésta una clara restricción de la facultad de obrar de la mujer casada. Ciertamente no es en realidad regla de capacidad, sino falta de poder dispositivo. El Código niega esa facultad a la mujer, y le exige el consentimiento del marido.

Con ésta redacción el Código ha eliminado parte de los problemas que la redacción anterior presentaba. Decía antes el mismo artículo 1.361 que "la mujer puede enajenar, gravar e hipotecar los bienes de la dote inestimada, si fuese mayor de edad, con licencia de su marido, y si fuese menor, con -

licencia judicial e intervención de las personas señaladas en el artículo 1.352".

La antigua redacción dió lugar a algunos problemas, de los que entresaco tres :

Fué el primero el de si se trataba de una verdadera licencia o se trataba de un consentimiento que el marido diera sobre derechos propios. La cuestión va ligada a la naturaleza del derecho que el marido tiene sobre los bienes de la dote inestimada. Este derecho es, según la opinión más aceptada hoy día, un derecho especial, algo de más entidad que la mera suma de administración y usufructo de que nos habla el artículo 1.357 del Código civil. Así lo hemos ya expuesto en otra parte de este trabajo (21). En consecuencia se entendía que aunque el Código empleara la palabra licencia, en realidad había un verdadero consentimiento sobre derecho propio. Así lo indicaba Lacruz (22). También en este sentido -- Sanz Fernández. (23)

El segundo problema muy discutido, fué el de si siendo la mujer menor de edad, hacia falta el consentimiento, o como dice el Código la licencia, del marido, ya que en su vieja redacción el artículo --

1.361 solamente nombraba al marido y su licencia para el caso de que la mujer fuera mayor de edad. La opinión se inclinó por exigir la licencia del marido, y Castán nos resume las razones diciendo : "a)- Porque no hay razón para prescindir de la licencia marital en el caso de que la mujer sea menor, si es necesaria cuando es mayor. b) Porque la licencia es un derecho del marido como administrador y gestor de los intereses de la familia. Y c) Porque la exige en general el artículo 61". (24)

El tercer punto discutible fué si la necesidad de la licencia del marido era absoluta o nó. Es decir, si cabia aplicar a este artículo 1.361 la habilitación judicial o licencia judicial supletoria de la marital que existía en el Derecho anterior a la reforma. La solución también había de encontrarse en la naturaleza del derecho del marido. Siendo éste un derecho patrimonial, propio, sui generis, no se puede suplir su consentimiento. Por lo que no parece fuera posible sustituirlo por la licencia judicial supletoria. Asi lo expresa Pérez Sanz (25) y Sanz Fernández. (26)

El nuevo texto del art. 1.361 dice "La mujer pue

de enajenar, gravar e hipotecar los bienes de la -
dote inestimada, con consentimiento de su marido.

Si los enajenare, tendrá el marido obligación -
de constituir hipoteca, del propio modo y con igua
les condiciones que respecto a los bienes de la do
te estimada", Sustituye la palabra licencia por la
de consentimiento, cosa acertada, porque el consen
timiento se presta a una persona capaz, al revés -
que la licencia que se concede a una incapaz, y ex
presa con mayor exactitud que se refiere a un dere
cho propio.

Este precepto fué objeto de una original discu
sión parlamentaria contada con gracia por Lacruz -
(27). Algún Procurador en su ánimo de liberar a la
mujer casada de cualquier necesidad de licencia pi
dió que se eliminara tanto en relación con la dote
estimada, como con la inestimada, sin darse cuenta
que los bienes de la dote estimada son propiedad -
(salvo la hipoteca legal, en su caso) del marido.

El nuevo texto del art. 1.361 del Código, si --
bien ha eliminado problemas de la redacción ante--
rior, y aunque es digno de alabanza, ofrece tam---
bién materia para plantear alguna cuestión.

a) Capacidad

La primera se refiere a la capacidad.

No contiene el nuevo texto referencia ninguna a la mujer menor de edad. La doctrina entiende que no son precisas reglas dentro de este precepto por que basta atenerse a las reglas generales de capacidad. Asi Castán Vazquez y Garcia Cantero (28) dicen "que si el nuevo art. 1.361 ha prescindido del supuesto de la menor edad de la mujer, ello se ha debido a que ya se encuentra regulado con caracter general por el artículo 61".

Aclarando a continuación que este sistema resultante es menos complicado que el anterior a la Reforma puesto que hoy se prescinde de la licencia judicial y de la intervención supletoria del protutor, del Consejo de Familia o de cualquiera de sus Vocales.

También Sanz Fernández expresa que "es evidente que habr a de acudirse a las normas generales contenidas en los arts. 60 y 61 y con arreglo a ellas - la mujer necesitará, además del consentimiento del marido, el del padre, madre o tutor, sin que haya lugar a distinción de ninguna clase por ser ella -

mayor o menor de dieciocho años".(29)

Estas opiniones no distinguen a qué bienes se refiere la enajenación. El art. 1361 no distingue y por lo tanto en principio es aplicable a toda clase de bienes. Así lo afirma Sanz Fernández (30), y también Castán y García Cantero (31); perfilando que en cuanto a los bienes muebles es aplicable excepto a los bienes dotales muebles mencionados expresamente en el Código, o sea los del art. 1359 que enseguida veremos.

Creo que la aplicación de los arts. 60 y 61 ha de efectuarse solamente para aquellas enajenaciones que se refieran a bienes inmuebles, y que por lo tanto la mujer menor de edad podrá enajenar bienes muebles de su dote inestimada, no comprendidos en el régimen especial del art. 1359,-- (ej.: joyas, vehículos, participaciones en sociedades de responsabilidad limitada, etc.) sin que intervengan su padre, madre o tutor y solamente con el consentimiento de su marido. Esta es la opinión de Castán y García Cantero, aunque advierten, al iniciar su frase "acaso pudier pensar se" que no están muy seguros (32).

En el supuesto de que el marido sea menor de edad cabe la duda de si podrá dar el consentimiento por sí mismo o necesitará a su vez el -- consentimiento complementario de su padre, madre o tutor.

Hemos visto ya el problema al hablar de los emancipados por matrimonio y de los actos jurídicos que pueden o no pueden realizar. Y allí -- hemos dado como más segura la opinión de que -- siendo menor de edad el marido precisará el complemento de capacidad o consentimiento de su padre, madre o tutor, aunque hemos de hacer aquí la aclaración de que tal exigencia solamente le será cuando la enajenación verse sobre bienes -- inmuebles.

La razón de esta postura está, como allí se dijo, en la naturaleza del derecho que el marido tiene en los bienes de la dote inestimada. -- Ya lo hemos repetido, es un derecho propio, hay una codisposición, por lo tanto si es menor, y codispone respecto de inmuebles necesita el complemento de capacidad dicho.

Sanz Fernández afirma, sencillamente que "si

fuera menor de edad (el marido) será necesario el consentimiento del padre, madre o tutor (arts. 60 y 61)" pero no lo refiere al caso de inmuebles. -- (33)

Sanz Fernández pone el fundamento de su exigencia, en la naturaleza del derecho, en la codisposición.

Castán y García Cantero también creen necesario el complemento de capacidad para el marido menor de edad a pesar de que la mujer es la que dispone y que es aplicable al art. 65 del Código civil. Y creen necesario tal complemento, porque -- así se exigía antes, porque así lo declaró la -- sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Marzo de 1911 y por "la finalidad que el legislador atribuye ahora al consentimiento marital..... ya que se trata de un acto de disposición", razón esta última en perfecta línea con los otros autores y conmi opinión, pero que entiendo contradictoria con la posible aplicación del art. 65.(33 bis)

b) Clase de bienes.

Ya hemos anticipado la opinión de que el art.-

1361 se refiere a bienes muebles e inmuebles. Así Sanz Fernández (34), Castán y García Cantero (35).

Como hemos indicado hay en el Código Civil - - unas normas especiales en cuanto a determinadas - clases de bienes muebles. Son las contenidas en - el art. 1359 que dice así "No obstante lo dispuesto en los dos artículos anteriores el marido que reciba en dote estimada o inestimada efectos pú-- blicos, valores cotizables o bienes fungibles y no los hubiese asegurado, con hipoteca, podrá, -- sin embargo, sustituirlos por otros equivalentes con consentimiento de la mujer, si este fuese mayor de edad y con el de las personas a que se refiere el artículo 1352 si fuese menor.

También podrá enajenarlos con consentimiento - de la mujer, y en su caso, de las personas antes-enunciadas a condición de invertir su importe en otros bienes,, valores o derechos igualmente seguros".

Advierte Lacruz que la referencia del art. 1359 no es a los dos arts. inmediatamente anteriores - sino a los arts. 1355 y 1356, pues de otro modo - no tendría sentido.(36).

Lo primero que se advierte en el art. 1359 es-

una inversión de los terminos respecto del art. - 1361. En éste según su letra la mujer enajena con consentimiento del marido. En el art. 1359 es el marido el que "sustituye" y hasta "enajena" los bienes, en ambos casos con consentimiento de la + mujer. La cuestión podría tener gran importancia si a estos consentimientos, el del marido en el 1361 o el de la mujer en el art. 1359 les fuese - aplicable el art. 65 del Código Civil. Si lo fuera, en este art. 1359, y refiriéndonos exclusivamente a los bienes en ese precepto contemplados - que tengan la condición de dote inestimada, nos - encontraríamos con enajenación hecha por quien no era titular de los bienes : el marido.

Pero, como ya hemos indicado y reiteraremos -- luego, parece más segura la ppini3n de no ser -- aplicable el art. 65 del Código civil, por estar en presencia de una codisposici3n. Siendo así, -- tanto da, hablar de que el marido enajena con consentimiento de la mujer, como la mujer enajena -- con consentimiento del marido. En todos los casos hacen falta los dos consentimientos como requisito esencial de la validez del acto jurídico.

Hay que añadir a este propósito también, que el art. 1359 está redactado muchos años antes de las disposiciones legales que para la Transmisión -- entre vivos de los efectos públicos y valores cotizables han venido a exigir la necesidad, bajo pena de nulidad, de la intervención de Notario, o Agente de Cambio y Bolsa, o Corredor de Comercio, o Intérprete de Buques.(37).

Con estas disposiciones dichos bienes han de estar provistos de un título de propiedad, formal, que proclamará a la mujer como titular. Y por lo tanto difícilmente podrá el marido enajenarlos sino acredita poderes suficientes de su mujer.

El art. 1359 permite sustituir unos bienes -- por otros equivalentes. Y en el párrafo siguiente, enajenar "a condición de invertir su importe en otros bienes, valores o derechos, igualmente seguros".

Hay desde luego una diferencia entre los dos casos. En este segundo los bienes que nuevamente se adquieran no es preciso que sean "equivalentes", basta que sean "igualmente seguros" que -

los enajenados. Pueden ser, pues, de muy diferente clase.

Lo que llama la atención es que si en ambos casos ha de producirse una subrogación real, con -- otros bienes equivalente, o igualmente seguros, -- además de eso se exige el consentimiento de la mujer. Parece que ese consentimiento fuera preciso -- cuando los bienes no quedaran sustituidos por -- otros, es decir, cuando la mujer, quedara reducida a simple titular de un crédito para obtener la restitución, en los casos en que procediere, y de la forma que procediere, bien "con otro tanto de las mismas especies", como dice el art. 1372 refiriéndose a los fungibles inestimados, bien con -- otro tanto del valor de la enajenación en los -- otros casos. Pero el Código exige el consentimiento de la mujer siempre.

Es más, si nos atenemos a la letra del 1359 parece que aún con consentimiento de la mujer la -- enajenación solamente puede hacerse "a condición de invertir su importe en otros bienes, valores o derechos igualmente seguros". Parece que no pueden consumirse, aun transitoriamente. A menos que

se crea que para consumirlos hará falta otro posterior y expreso consentimiento, por el cual daría la mujer su conformidad a convertirse en mera titular del crédito para la restitución.

Estimo artificiosa la distinción y creo que el primer consentimiento engloba el segundo.

c) El consentimiento del marido.

De cuanto va dicho ya sabemos que según la -- opinión dominante el consentimiento del marido no es una cuestión de complemento de capacidad de la mujer, sino que es un verdadero y propio consentimiento, "una intervención directa que en propio nombre tiene el marido como consecuencia de los derechos que le corresponden sobre la dote" como dice Sanz Fernández. (38)

No me parece necesario extenderme más sobre esta naturaleza del consentimiento ya tratada con -- más amplitud en este trabajo. Me voy por eso a referir solamente a las consecuencias de la falta de consentimiento.

Castán Vázquez y García Cantero dicen que es la mujer la que realiza el acto dispositivo con el --

consentimiento de su marido. "La falta de ésto último originaría la aplicación del nuevo art. 65".

(39)

Ese art. 65 ya sabemos que dice que "Cuando la Ley requiere para actos determinados que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados, podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos."

Con la opinión de Castán, la falta de ese consentimiento no es nulidad absoluta, el acto es -- confirmable, expresa o tácitamente. La acción para impugnar el acto no corresponde a la mujer, si no al marido o sus herederos. Tendrán éstos de -- plazo cuatro años, "desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo -- que antes hubiesen tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato "(art. 1301 C.c.). Según esa opinión el Código ¹transforma el consentimiento en conocimiento, porque según el art. 65 el si lencio, pudiendo y debiendo hablar equivale a consentir. Y este consentimiento presunto se presume

una vez transcurridos cuatro años desde el conocimiento.

Opinión contraria mantienen Pérez Sanz, Lacruz y Sanz Fernández.

Dice Pérez Sanz que "incumbe al marido consentir la disposición de su esposa, como consecuencia de los derechos que tiene sobre los bienes dotales inestimados, y por las repercusiones que la enajenación produce en su propio patrimonio, dada su obligación de constituir hipoteca. En atención a este fundamento, dice Pérez Sanz, el consentimiento es personalísimo y no puede ser sustituido por una habilitación judicial supletoria, sin perjuicio de que en caso de que el marido sea menor, se complemente su capacidad con las personas citadas en los arts. 60 y 61".

El consentimiento del marido, concluye Pérez Sanz, "implica una propia y verdadera codisposición, de tal forma que el acto dispositivo de dote inestimada que realizara la mujer sin él sería nulo de pleno derecho".(40)

En el mismo sentido dice Lacruz que a la falta del consentimiento del marido no se puede aplicar

el art. 65 porque el consentimiento del marido - supone una propia y verdadera codisposición, de forma que el acto dispositivo de dote inestimada realizado por la mujer sin consentimiento de su marido sería nulo de pleno derecho. Hay dice Lacruz una "cotitularidad que no tolera la enajenación de los derechos individuales sobre el bien en cuestión. El marido (o la mujer) que enajena por sí solo el bien dotal, lo hace sin titularidad suficiente para tal acto, y, por tanto, sin eficacia, porque los derechos dotal es que tiene sobre el bien son inalienables..... es así como hay que entender el art. 1361; el consentimiento del marido no es licencia o asentimiento, sino - codisposición, y más exactamente cooperación, en cuanto cotitular, a una disposición que para valer ha de ser conjunta."(41)

Sanz Fernández dice que el consentimiento del marido es personalísimo e insustituible, no cabe acudir a la autoridad judicial como en el caso - del consentimiento del art. 1413 del Código Civil; y es esencial para la enajenación "de modo que su falta produce la nulidad total, más bien..

inexistencia del acto realizado sin el consentimiento del marido". "Consecuencia de ello es que a la omisión de este consentimiento no puede ser aplicable la doctrina de los arts. 65 y 1301". -
(42)

3) Efectos relativos a las facultades de la mujer en cuanto a los bienes gananciales.

Como dice Cámara (43) la Ley de 2 de mayo de 1975 ha reformado parcialmente el Código civil con el principal objetivo de eliminar tradicionales restricciones que afectaban a la capacidad de obrar de la mujer casada, que pasa a quedar plenamente capacitada para realizar toda clase de actos jurídicos respecto a sus bienes propios (salvo quizá la restricción del art. 1361 párrafo 1 del Código civil, en cuanto a la enajenación de los bienes de la dote inestimada) ; pero no ha llegado a elevar a la mujer a la condición de coadministradora, o mucho menos administradora de la sociedad legal de gananciales. No obstante, sigue diciendo Cámara, sucede otra cosa cuando así se pacta en capitulaciones matrimoniales, o cuando por ministerio de la Ley se transfiere a la mujer la administración de los bienes comunes.

De manera parecida se expresa Sanz Fernández : -
"Frente a la regla general de que la administración de los bienes gananciales corresponde al marido, regla que es innegable que viene apoyada de --

una constante tradición histórica y social y sigue basada en la actualidad en la concepción y organización de familia y de la sociedad misma, cabe la posibilidad de que sea conferida a la mujer, bien convencionalmente por virtud del pacto autorizado por el art. 59, bien por ministerio de la Ley en los casos de los artículos 225 y 1441, o bien por resolución judicial en los casos de los artículos 68 y 1440." (44).

Creo que además de estos casos en que anormalmente corresponde a la mujer la administración de los bienes gananciales, es necesario considerar -- que incluso en las situaciones normales del matrimonio, la mujer casada también tiene determinadas facultades en orden a los bienes gananciales. Por eso examino esta materia en dos grandes apartados que hacen referencia a las situaciones normales y a las situaciones anormales del matrimonio, incluyendo en este segundo apartado los casos indicados de convenio, ministerio de la Ley y resolución judicial.

Aunque no fuera preciso, hago la aclaración de que la materia está referida no a la administra---

ción en sentido estricto, sino al gobierno de los bienes gananciales ; y por eso se incluyen las facultades de la mujer en cuanto a los actos de administración, los de obligación, los de disposición y los de adquisición.

3.1.- Facultades de la mujer respecto a los --
bienes gananciales en las situaciones normales --
del matrimonio.

Contemplamos en este apartado aquéllas situaciones en las que no se ha conferido a la mujer - administración de los bienes de la sociedad de gananciales, ni por convenio, ni por la Ley, ni por resolución judicial.

La regla general en las situaciones normales - del matrimonio es la que resulta de la sección - quinta del título III del libro IV del Código civil, que trata precisamente "De la administración de la sociedad de gananciales" : el marido es el administrador. Pero esta regla general no es una-regla absoluta. La mujer tiene una serie de posibilidades de actuación respecto de los bienes ga-

nanciales, y esto es lo que vamos a ver en los cuatro apartados siguientes.:

3.1.1.- Actos de administración.

La regla general de que el marido gobierna aparece con toda claridad expresada en el primer artículo de la Sección, el 1412 : "El marido es el administrador de la sociedad de gananciales, salvo lo dispuesto en el artículo 59".

A la salvedad del art. 59, que es la estipulación en contrario, ya he dicho que me referiré luego.

Nos queda ahora la regla general de que el marido es quien administra. Es unánime la opinión de que el art. 1412 se refiere al gobierno de la sociedad de gananciales y por lo tanto se refiere desde luego a los actos de administración en sentido estricto que son los de este apartado.

El art. 1412 del Código civil decía en el Proyecto de 1851 (art. 1333) que "el marido administra exclusivamente la sociedad legal". Y como nos informa Rodríguez Adrados el mismo Código civil en su primera edición daba esta redacción al art. 1412 : "El marido, conforme a lo establecido en el

art. 59 será el administrador único de la sociedad de gananciales". Pero tres meses después, en la -- edición definitiva del Código, el texto pasó a ser el que antes he transcrito, desapareciendo pues el carácter de administrador único o exclusivo (45).

Este cambio de redacción es para Rodríguez Adrados significativo. El Código no dice que el marido sea el administrador único de la sociedad de gananciales, lo que equivale, dice, a conceder ciertas facultades administradoras a la única persona que con el marido constituye la sociedad de gananciales, a la mujer. La regla general, diríamos, no es pues tan general, o mejor dicho tan absoluta.

Esta idea merece un poco más de desarrollo.

En el mismo tomo de enunciado general dice Rodríguez Adrados que el denostado y ahora suprimido - art. 1316 prohibía estipular en las capitulaciones matrimoniales nada que fuera "depresivo de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges" ; y como las capitulaciones del Código tienen un ámbito exclusivamente patrimonial (art. 1315), la conclusión se impone : también en el ámbito patrimonial correspondía a la

mujer una autoridad.

Asi pues según Rodriguez Adrados no existe una formulación legal de que el marido absorva la totalidad de la administración de los bienes gananciales. Ha sido una interpretación doctrinal. "La doctrina según Lacruz, citado por Rodriguez Adrados, interpretó siempre los textos en el sentido más favorable al concepto absoluto del poder marital, y esta orientación ha continuado tras la publicación del Código civil".

Si del enunciado general descendemos al detalle, encontramos algunos casos en los que, según la Ley y en situaciones normales del matrimonio - la mujer administra bienes gananciales.

- a) La administración de los frutos de los parafernales no entregados.

Los frutos de los parafernales son bienes gananciales (art. 1401, nº 3 C. civil). Pero como ya hemos indicado, la mujer los administra.

Hemos visto en otro lugar de este trabajo las facultades de la mujer en cuanto a la administración de sus parafernales, y cómo puede dedicar --

los frutos de esos parafernales, a pesar de ser gananciales, a pagar los gastos de la conservación de los bienes y de la administración.

Aunque sea repetir ideas, ya sabemos que esa administración implica una amplia actividad de gestión o de explotación de bienes o de un patrimonio y en la que habrá de haber no solamente gastos propiamente dichos, sino también adquisiciones indispensables para la rentabilidad de las cosas.

La Sentencia de 14 de enero de 1928 señala el -- sentido amplio con que entiende los actos de administración de la mujer sobre sus parafernales al decir : "puede surgir en determinados casos la necesidad de contraer deudas o de levantar fondos para -- atender a la conservación de los propios bienes, -- pues lo mismo puede ser preciso reparar un edificio que hacer labores extraordinarias, y si en el momento de surgir esa necesidad, u otra de índole parecida, carece de fondos para ello, no por ello puede -- entenderse que la propietaria y administradora carece de capacidad para obtener los necesarios al fin -- que sean precisos, ya que la administración, en el -- recto sentido de la palabra, como ya se dijo por és

ta Sala en Setencia de 15 de octubre de 1918, no -
está limitada a percibir los frutos, rentas y cupo
nes y entregarlos al marido, pues ésto sería con--
vertir a la mujer de administradora en mera recau-
dadora de rentas de los bienes parafernales, que -
es uno de tantos actos que la administración com--
prende".

El Tribunal Supremo pues, tiene declarado reite
radamente que la administración de la mujer no pue
de entenderse limitada a percibir los frutos y en-
tregárselos al marido, sino que puede detraer los-
gastos que haya ocasionado su producción, o que -
origine la conservación de los propios bienes ; pu
diendo también vender los productos o frutos de --
los parafernales, e incluso en alguna sentencia se
le permite contraer deudas para atender a la con--
servación de los propios bienes ; facultades todas
éstas que producen una paralela restricción en las
del marido, a quien el Supremo niega que pueda ha-
cer por sí mismo la venta de los frutos, ni incau-
tarse de ellos, sino que tiene que pedir a la mu--
jer la entrega que corresponda. Sentencias de 8 de
septiembre de 1898 ; 16 de octubre de 1918 ; 14 de

Enero de 1928 ; 14 de abril de 1930 ; 20 de Septiembre de 1958 ; 11 de Marzo de 1975, citadas todas -- por Rodriguez Adrados. "Ante esta jurisprudencia -- concluye este autor - nadie negará que la mujer propietaria de una finca rústicas parafernalia puede comprar semillas, abonos, herramientas, vehículos, -- tractores, ganado ; puede edificar establos, paneras, casas de campo ; y puede incluso comprar terrenos que tiendan a la mejor explotación de su finca- (enclaves, salida a caminos, etc.) ; y todo ello - con dinero obtenido de la misma explotación que es, evidentemente ganancial". (46)

Para negar que la mujer esté administrando bienes gananciales en estos casos, habría que ir a la solución de considerar privativos los frutos de los bienes parafernalia hasta tanto que merecieran el -- caracter de "líquidos" y por ello la mujer los entregara al marido, voluntariamente, o a requerimiento de éste.

Algo así insinúan Lacruz y Albaladejo. Se preguntan estos autores que cuando pasan los frutos de -- los parafernalia a ser gananciales. Reconocen que con un criterio jurídico, y ateniéndose a los arts. 355 y 451 todos los frutos, tanto los naturales e indus

triales, como los civiles, son frutos y por tanto gananciales, desde que respectivamente se separan o perciben. "Pero este criterio, añaden, no vale cuando lo que se pretende es que pasen a la comunidad los frutos que son ganancia efectiva de cada cónyuge". (47). Creen por eso, estos autores, - que junto al concepto jurídico debe entenderse -- que existe un concepto económico "semejante - dicen - a la (divergencia) que separa los concepto jurídico y económico del acto de administración". "Toda la cosecha producida por una finca - siguen diciendo - es jurídicamente fruto (las expensas para su producción no son una deducción, sino un contravalor con entidad jurídica autónoma), pero económicamente lo es solo aquella parte que excede de los gastos de producción" (48).

Los referidos autores aducen en defensa de su teoría la jurisprudencia del Supremo, ya citada - que no autoriza al marido para ocupar por sí tales frutos sino que obliga a la mujer a entregárselos.

Más explícito, es Sanz Fernández, cuando a propósito de la administración de los bienes parafer

nales y de la obligación de la mujer de entregar a su marido solamente el resultado líquido y no la totalidad de lo producido, afirma : "Es preciso -- concluir que el concepto de frutos, rentas e intereses, a que se refiere el art. 1401 no coincide -- con el concepto técnico y restringido del art. 355, sino que se refiere a un concepto económico, equivalente no al fruto mismo, sino al resultado, es -- decir a los beneficios o ganancias obtenidos por -- la mujer en la administración de los parafernales" (49).

No me parece aceptable esta distinción entre -- fruto jurídico y fruto económico. No me parece --- aceptable sostener que la mujer administra todavía bienes parafernales mientras está administrando -- frutos de sus parafernales, hasta tanto que entregue el sobrante líquido al marido. En la relación -- interna de marido y mujer pueden hacerse las consideraciones que se quiera. Pero cuando la verdadera naturaleza de las cosas queda al descubierto es -- cuando se ponen en relación con terceras personas, especialmente en relación con los acreedores. Para éstos es evidente que solamente hay un concepto de

frutos, el jurídico. Y por lo tanto, para satisfacer deudas ocasionadas por el marido, y de las que deba responder la sociedad de gananciales, es evidente que podrán embargar la totalidad de los frutos de parafernales que existan, sin hacer deducciones por gastos ya ocasionados y sin pagar (por ejemplo abonos) y menos aún, sin hacer previsión de gastos por pagar (por ejemplo futuras labores del predio). Esos gastos, esos posibles créditos de la mujer serán, en relación con los acreedores de la sociedad de gananciales, solamente eso, créditos ; que correrán la suerte que legalmente les corresponda al entrar en concurrencia con los créditos de los acreedores por gananciales. Los mismos Lacruz y Albaladejo lo reconocen así en las palabras antes transcritas, cuando dicen "que toda la cosecha producida por una finca es jurídicamente fruto" o sea sin deducciones y cuando aclaran que "las expensas para su producción no son una deducción, sino un contravalor con entidad jurídica-autónoma", es decir, un crédito autónomo contra la masa de bienes en supuesto litigio.

En una palabra la mujer no es respecto de los -

frutos de los parafernales, ni aún antes de hacer las deducciones por gastos procedentes, "acreedora de dominio", como se le suele llamar con relación a su dote y parafernales propios.

La mujer casada pues, conforme al art. 1384 del C.c. administra ciertamente algunos bienes gananciales.

Esta administración de gananciales que resulta del art. 1384 está reforzada por la interpretación que ha dado la jurisprudencia a los arts. 1385 y 1386. Según éstos artículos los frutos de los parafernales están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio y las obligaciones personales del marido no pueden hacerse efectivas sobre ellos a menos que se pruebe que redundaron en provecho de la familia ; y la doctrina jurisprudencial los ha interpretado en el sentido de que solamente procede la entrega por la mujer al marido del remanente líquido de los frutos de los parafernales, cuando existan cargas del matrimonio que sea preciso levantar, y cuyo levantamiento lo esté efectivamente realizando el marido, -- por lo que si no hay cargas matrimoniales que deba

levantar el marido, la mujer no tiene porqué entregarle esos frutos. La administración se prolonga - entonces en el tiempo. La mujer administra indiscutiblemente esos bienes gananciales.

La opinión expuesta de Rodriguez Adrados viene-avalada por buen número de sentencias que el mismo autor cita y extracta (50) y puede^{en/}contrarse también en otros autores. Dicen Lacruz y Albaladejo - que el Tribunal Supremo ha aplicado con reiteración el art. 1386 y afirmado que en aquéllos casos en que el marido no tiene cargas matrimoniales que levantar tampoco tiene derecho a exigir la entrega de los frutos de los parafernales, que pueden ser retenidos y aplicados por la mujer. Los mismos autores califican de "atrevida" esta posición del Tribunal Supremo pues esos frutos son gananciales y entienden, deber ser administrados por el marido. "Deberían pasar a sus manos, si quiera con la prohibición de aplicarlos a cualesquiera atenciones propias.... pero en la práctica la solución -- del Tribunal Supremo presenta indudables ventajas, y es desde este punto de vista como puede justificarse" (51).

Los mismos autores enumeran y extractan también una larga lista de sentencias del Supremo, exponen tes de la tesis dicha.

Tambien Cámara : "¿A quién corresponde - se pre-
gunta - la administración de los frutos de los para
fernales cuando el marido pierde esta potestad al -
perder igualmente el derecho de exigir su entrega?
La contestación brota espontáneamente. Sin duda al-
guna, a la mujer". (52).

- b) El ejercicio de una profesión.

Cada dia es mas frecuente el ejercicio por la mu
jer casada de una profesión. La profesión es un --
bien privativo de la mujer, el trabajo, en sí, es -
algo totalmente privativo. Pero sus rendimientos se
rán gananciales conforme al artículo 1.401, nº 2º :
"Los obtenidos por la industria, sueldo o trabajo -
de los cónyuges o de cualquiera de ellos".

Resulta de eso que la mujer administra también -
aquí, en los bienes del nº 2 del artículo 1.401 al
igual que en los del nº 3 del mismo artículo, bie--
nes gananciales.

Que la mujer casada profesional administra ella-

sola su trabajo resulta legalmente de la Ley de 22 de Julio de 1961, y sobre todo resulta de la naturaleza misma de las cosas. Es ella, como dice Rodríguez Adrados, la que "convierte el crédito gacnancial ilíquido resultante de la prestación de sus servicios profesionales, en crédito líquido, formulando la oportuna cuenta ; la que puede condonar honorarios, o si su estatuto profesional se lo permite, reducirlos, o convenirlos, o transigir sobre ellos ; la que puede cobrarlos ; la que - recuérdese la sentencia de 11 de Marzo de 1965 sobre frutos de los parafernales-, tiene que pagar los gastos : establecimiento, personal, material, seguros, obligaciones profesionales y mutualistas, cargas fiscales y sociales etc.." (53)

De la misma manera opina Sanz Fernández, para quien la mujer por sí sola, y sin consentimiento ninguno de su marido, puede ejercer cualquier profesión, empleo u oficio, e igualmente percibir los honorarios, sueldos o haberes y en general cualquier clase de retribución por su trabajo, desarrollando éste último aspecto con la aclaración de que no -- hay obstáculo, ni conceptual ni legal para que per

ciba las retribuciones en dinero, mediante donaciones remuneratorias y mediante adjudicación de bienes en pago de los haberes debidos, incluso inmuebles. Con esos haberes, que solamente la mujer tiene personalidad para reclamar, nunca el marido, la mujer puede atender al pago de los gastos que originen su profesión, y estas adquisiciones, pueden ser no solamente un mero utillaje, sino bienes de más envergadura e incluso inmuebles (54).

Lo mismo opina Alvarez Bejiga, y señala como casos en que la mujer administra con plena independencia del marido, a la mujer Arquitecto o Aparejador, Farmacéutico, Médico, Notario o de cualquier otra profesión u oficio (55).

También Cámara merece ser citado, a pesar de escribir sobre esta materia antes de la Reforma de 1975.

Enfoca el problema a propósito de la separación de hecho y con toda claridad expresa la facultad que la mujer tenía ya antes de 1975 de cobrar la remuneración de su trabajo, y sigue diciendo que "la potestad de recibir el pago de su remuneración lleva implícita la de disponer de la misma", a pesar de ser esta de carácter ganancial; y que "esta facultad no-

tiene a mi juicio otra limitación que la dimanente. del último párrafo del art. 1413 del Código civil que resulta aplicable "mutatis mutandi", a los actos que la mujer realice de acuerdo con el poder - dispositivo que se le reconoce en este caso especial" (56).

Al igual que en la administración del nº 3 del artículo 1401, también en este caso del nº 2, la conclusión es la misma - La mujer casada administra bienes gananciales y solamente debe entregar - al marido los rendimientos líquidos y solo cuando existan cargas matrimoniales que el marido deba levantar, y en cuanto las cargas lo exijan, no en -- cuanto al exceso.

- c) La mujer casada socio de una sociedad mercantil.

La cuestión ha sido ya estudiada por Cámara. Se trata del supuesto de que durante el matrimonio, - con bienes presuntivamente gananciales conforme al artículo 1407 del Código civil, y con consentimiento del marido, se adquirieran a nombre de la mujer - acciones o participaciones en sociedades mercanti-

les.

Tales bienes son también gananciales conforme al número 1 del artículo 1401, y por lo tanto, en -- principio la administración de esas acciones o participaciones mercantiles corresponde al marido, -- por lo que dice Cámara que "el 1412 permitirá al marido recabar su administración, y por tanto asumir directamente el ejercicio de los derechos que las -- mismas incorporan. Dicho en otras palabras: el marido podrá cuando quiera desplazar a su mujer y sustitituirla dentro de la sociedad". (57)

No obstante esa afirmación, dice Cámara que en -- las relaciones de la mujer casada con la sociedad -- las cosas son de otra manera. Hay que dar seguridad a la sociedad, no tenerla a riesgo de posteriores -- reclamaciones del marido, y por eso opina que "la -- sociedad que reconoce a la mujer poseedora de las -- acciones o inscrita en el libro registro la cualidad de accionista, actúa correctamente, y por consi----guiente queda a salvo de cualquier reclamación o -- impugnación que pudiera plantear el marido. El pago de los dividendos hecho a la mujer en esos casos es válido. Como válida es la intervención de la mujer--

por sí sola en las Juntas Generales"(58).

Indudablemente la mujer está, en estos casos que contemplamos, administrando bienes gananciales. Lo que ocurre es que podría verse en estos casos una autorización del marido, nacida del momento que consiente la adquisición a nombre de la mujer de las acciones o participaciones de la sociedad: el consentimiento para la adquisición parece que debe incluir el consentimiento para el ejercicio de los derechos de socio.

Algo parecido opina Sanz Fernández, que cree haber en estos casos un convenio tácito.(59), y añade al caso de la mujer socio, los casos en que existan a nombre de la mujer, cuentas corrientes o libretas de ahorro indistintas, capitales o dinero.

Para el primer caso "es evidente, dice, que se da una entrada a la mujer en la administración de esos fondos, al darle la posibilidad de disponer de ellos". En el segundo caso "capitales o dinero a -- nombre exclusivo de la mujer, la cuestión es más dudosa", pero, es de resaltar que "de estos capitales tendrá la mujer la administración y libré disposi--ción sin necesidad de consentimiento sin interven--

ción del marido".(60)

Rodríguez Adrados, sin embargo, cita el caso que nos ocupa como ajeno a todo convenio. La mujer administra gananciales. Eso es lo único que afirma. En apoyo de su afirmación cita la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 4 de Noviembre de 1969, según la cual, "el hecho de la suscripción, por su carácter eminentemente formal concede al suscriptor el carácter de socio, aunque - las acciones vayan a integrar, en definitiva, el patrimonio ganancial". La mujer, añade, puede pedir la convocatoria de la Junta general y votar en ella, según la Sentencia de 20 de Noviembre de 1967, y puede cobrar los dividendos "sin que el marido deba impedir con su conducta el normal desenvolvimiento de -- las relaciones económicas de la sociedad de gananciales".(61)

- d) La mujer casada cooperativista.

Si las facultades de la mujer casada para administrar las acciones o participaciones mercantiles, de carácter ganancial, derivan de la ley o del convenio-tácito, como entiende Sanz Fernández, es en cambio indudable que derivan de la Ley esas facultades en cuan

to se refieran a las participaciones gananciales en una Cooperativa, que estén a nombre de la mujer.

La Ley de Cooperativas de 19 de Diciembre de 1974 en su artículo 8, b) establece: "La mujer casada, mayor de dieciocho años, tendrá plena capacidad para ser socio y actuar como tal, sin licencia marital, - en cualquier cooperativa, comprometiendo únicamente sus bienes dotales y parafernales. Para enajenar y - obligar a título oneroso los bienes de la sociedad - de gananciales, la mujer tendrá las mismas facultades y limitaciones que para el marido establezcan -- las leyes civiles".

Conforme a esta Ley, la mujer casada puede ser socio de una cooperativa, no solamente sin licencia marital (hoy suprimida con carácter general) sino sin ninguna clase de consentimiento de su marido, y podrá aportar bienes de todas clases de carácter gananccial, sin otras limitaciones que las que al marido - señalan las leyes civiles. Por lo tanto, dentro de - los gananciales, si aporta inmuebles, necesitará consentimiento de su marido (por aplicación de 1413 - - C.c.). Pero si aporta muebles o dinero, no necesitará de ningún consentimiento. Y sobre todo, su condición

de socio, y la administración de su cuota, no esta
rá en ningún momento interferida por el marido.

Estos cuatro casos que acabo de exponer, en los que la mujer casada administra bienes gananciales, aparecen citados en el recurso que ha dado lugar - a la importante Resolución de la Dirección de los-Registros y del Notariado, de 8 de Febrero de 1977. La Resolución, en sus Considerandos, recoge sola--mente los dos primeros. En el Considerando número--once dice que "la mujer administra ciertos bienes--gananciales -los frutos de los bienes parafernales y "a fortiori" las ganancias obtenidas en su profesión, industria o trabajo- como el marido mismo, y por ende con la potestad de enajenarlos en tanto - la enajenación constituya un acto de gestión de -- los bienes encomendados a su dirección".

3.1.2.- Actos de obligación.

Dice el artículo 1.416 del Código civil : "La - mujer no podrá obligar los bienes de la sociedad - de gananciales sin consentimiento del marido. Se - exceptúan de esta regla los casos previstos en el- artículo 1.362 y en los artículos 1.441 y 1.442".

Una lectura apresurada del precepto podría llevar a la idea de que la mujer casada no puede celebrar actos de obligación, no puede celebrar contratos, sin el consentimiento del marido ; a menos -- que se encuentre en alguna de las excepciones que el mismo artículo 1.416 señala, la de los gastos usuales de la familia (art. 1.362) o cuando se le haya transferido la administración de los bienes -- del matrimonio (art. 1.441 y 1.442).

Dejemos de lado esas excepciones, pues respecto de la del artículo 1.362 ya me he ocupado al tratar de la llamada potestad de la llave. Y respecto de la otra, me ocuparé el tratar de las situaciones -- anormales del matrimonio en este mismo Capítulo.

En las situaciones normales, y para materias -- que no sean de los gastos usuales de la familia -- contemplados hoy en el artículo 66 del Código, el artículo 1.416 párrafo primero plantea un problema ^{no/}que/es nuevo, pero que ha cobrado especial actualidad a causa de la reforma de 1975 al suprimir la -- licencia marital.

Antes de la reforma de 1975 al exigir el artículo 61 licencia marital para que la mujer pudiera --

obligarse, no se planteaba tan agudamente como ahora el problema. La existencia de la licencia marital, o mejor dicho la concesión de ella, sanaba o cubría cualquier defecto de capacidad o legitimidad de la mujer casada, quien en uso de la licencia de su marido podía celebrar toda clase de contratos y obligaba con ellos a los bienes de la sociedad de gananciales, puesto que mediaba el consentimiento del marido.

Pero desaparecida la licencia marital de nuestro Derecho positivo, parece que surge un requisito -- distinto, "el consentimiento" del marido, que antes estaba embebido con la licencia, y ahora queda aislado, independiente, y vigente. Y se puede argumentar, y se ha argumentado : la licencia ha desaparecido, pero el consentimiento del marido no. El artículo 1.416 del Código no ha sido reformado, ha dejado vivo el consentimiento ; luego la mujer casada no puede contratar sin consentimiento del marido, obligando a los gananciales.

A la hora de precisar los efectos de la falta de consentimiento, la doctrina anda discrepante. Sin pretensión de hacer una exposición completa, -

pues los trabajos sobre el particular han proliferado últimamente, creo que son tres las posiciones adoptadas.

A) El consentimiento es necesario para la validez del acto. La falta de consentimiento produce - la nulidad de pleno derecho.

Esta posición ha sido muy poco defendida. Sanz-Fernández indica como defensores a Camy Sanchez-Cañete, en sus Comentarios a la Legislación Hipotecaria, anteriores a la Ley de Reforma (Granada 1970), y también a los Registradores : Avila, de la Haza y Poveda Díaz, autores de unas Notas mecanografiadas, apresuradamente escritas para orientación del problema, apenas publicada la Ley de reforma. No - recoge los argumentos de uno y otros. (62)

Rodríguez Adrados cita también a Camy, y asimismo a Cámara, con referencia en cuanto a éste a un trabajo anterior a la Ley de reforma, "La separación de hecho y la sociedad de gananciales" en - Anuario de Derecho civil, 1.969. (63)

La argumentación de esta postura, de nulidad, - está resumida en estas palabras de Cámara, ya digo

que en trabajo anterior a la Reforma. "El consentimiento del marido es necesario para que la mujer - pueda actuar efizcamente sobre el patrimonio ganancial. Como la facultad de administrar, obligar, o enajenar los gananciales corresponde únicamente al marido, la mujer, excepción hecha de los supuestos que antes examinamos, necesita que el marido delegue en ella sus facultades para llevar a cabo válidamente cualquier acto susceptible de comprometerlos bienes comunes." (64)

Las consecuencias son, según Cámara la ineficacia plena, no la nulidad, con lo que el marido o - sus herederos podrán solicitar la declaración de - ineficacia sin sujeción al plazo de cuatro años, y podrá ser asimismo solicitada por terceros.

Se hace preciso aclarar enseguida que Cámara ha modificado su postura, una vez publicada la Ley de reforma de 1975. Sin duda por eso Sanz Fernández - no lo recoge entre los sostenedores de la solución de la nulidad o ineficacia plena. Es más, el mismo Cámara ya habia indicado su pensar cuando en su -- trabajo anterior a la Reforma, y a propósito de la solución de la ineficacia decía : "Sin negar que - ésta - la teoria de la ineficacia - sea la solución

correcta y ortoxa del problema, yo me permito sujerir que tal vez fuera más conveniente, y más conforme con la realidad de la situación y con una justa-ponderación de los intereses en juego, conceder simplemente al marido, una acción de impugnación, de la misma naturaleza y alcance de la que le corresponde cuando se trata de invalidar los actos que la mujer haya realizado sin licencia y que afecten solamente a su patrimonio" (65). Con lo que venía a sostener una solución de la mera anulabilidad, con aplicación de los artículos 65 y 1.301 del Código.

B) El consentimiento del marido es necesario para la validez del acto o contrato obligatorio, pero su falta no produce la nulidad, sino solamente la anulabilidad.

Esta posición ha sido muy aceptada después de la publicación de la Ley de 2 de Mayo de 1975, enlazando el artículo 1.416 párrafo primero con el nuevo artículo 65. "Cuando la Ley requiera para actos determinados - dice éste último - que uno de los cónyuges - actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente con

firmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos". Luego, como el artículo 1.416 exige el -- consentimiento del marido para obligar o contratar, los contratos celebrados por la mujer sin consentimiento del marido caerán de pleno en el artículo - 65.

Son partidarios de esta solución Pérez Jofre, Fosar Benlloch y Garcia Garcia.

Pérez Jofre enfoca el problema con referencia a las compras efectuadas por la mujer casada, pero dice claramente que la mujer no puede "ni administrar, ni mucho menos disponer, ni obligar respecto a ganancias sin consentimiento del marido. En consecuencia sería éste preciso y su falta daría lugar por -- aplicación del artículo 65 a la anulabilidad ; es -- decir, el acto sería inicialmente válido (y seguramente inscribible por aplicación del artículo 94 -- del Reglamento Hipotecario), pero estaría sujeto a la acción de nulidad del marido y herederos". (66)

Fosar Benlloch se manifiesta en términos parecidos. La interpretación conjunta de los artículos 59, 1.413 y 1.416 del Código, dice Fosar, llevarían a -

impedir que los Notarios autoricen o los Registradores inscriban los actos de adquisición de la mujer casada sin consentimiento del marido. Está enfocando, el acto en sí, que es un contrato de compraventa, como tal contrato, obligacional. Sigue luego diciendo que ese principio de legalidad que se opone a la autorización o inscripción, ha sufrido numerosas excepciones, y que una de ellas debe ser la que le ocupa. El Notario podrá autorizar el acto, aunque deberá advertir las consecuencias de la falta del consentimiento del marido que se expresan en los artículos 65 y regla cuarta del --- 1.301. (67)

García García también sigue esta misma opinión en un detallado trabajo enfocado a la inscripción en el Registro de la Propiedad (68).

Cámara puede ser incluido en este grupo, de que el consentimiento es necesario para el contrato -- mismo, si bien su falta produce la mera anulabilidad, si nos atenemos a su trabajo anterior a la Ley de Reforma. Ya he transcrito sus palabras al respecto. Pero, no es esa su postura en el trabajo sobre el particular publicado después de la Refor-

ma. En este trabajo adopta la posición, a que me re
fiero en el apartado siguiente C).

C) El consentimiento no es necesario para la va-
lidez del acto o contrato obligacional. Solamente -
lo será para que la responsabilidad del mismo pueda
recaer sobre bienes gananciales.

Sostienen esta posición, Rodríguez Adrados (69);
Alvarez Bejiga (70) ; Pérez Sanz (71) ; Sanz Fernan-
dez (72) ; Cámara (73) ; Lacruz (74) y Cossio --
(75), entre otros.

Resumiendo la opinión de estos autores, el argu-
mento es sencillo : la plena capacidad de la mujer-
casada después de la Reforma. La Ley de 1975 ha su-
primido la licencia marital y ha declarado de modo-
explícito que el matrimonio no restringe la capaci-
dad de obrar de ninguno de los cónyuges. Para mayor
claridad ha reformado también el art. 1.263 y supri-
mido su número tercero, según el cual las mujeres -
casadas no podían prestar consentimiento en los con-
tratos, sino en los casos expresamente permitidos -
por la Ley.

La interpretación de estos preceptos no puede --

ser otra que la de entender válido en sí mismo el -
acto o contrato obligacional celebrado por la mujer
por sí sola, sin consentimiento del marido. No esta-
mos ahora, como antes de la Reforma, en casos espe-
ciales en los que se permitía a la mujer contratar.
Estamos ante una regla general.

El acto de obligación es pues en sí mismo váli-
do. El consentimiento del marido no afecta a la es-
fera de la validez, sino a la de la responsabilidad,
cuestión totalmente diferente. El consentimiento de
que nos habla el art. 1.416, dice Cámara, no tiene-
nada que ver con el art. 65, los contratos que cele-
bre la mujer son válidos y su marido carece en abs-
luto de acción para impugnarlos ; "Su consentimien-
to (el del marido) constituye solo un requisito ha-
bilitante para que la responsabilidad se extienda -
al patrimonio ganancial"⁽⁷⁶⁾%. No creo, dice Lacruz, que
el precepto (se está refiriendo al art. 65) abarque
el supuesto del art. 1.416 1º, pues una cosa es la
irresponsabilidad de los bienes comunes por obliga-
ciones de la mujer y otra muy distinta la eficacia-
de los actos de ésta, que ahora es plena y antes de-
pendía de si el acto era o no de los que se podían-

realizar sin licencia". (77)

Esta teoría de la validez ha recibido el respaldo de la Dirección General de los Registros, en su Resolución ya citada de 8 de febrero de 1977. En su Considerando octavo dice "Que un detenido examen -- del art. 1.416 del Código civil lleva a la conclu-- sión de que se limita a indicar los bienes que quedan obligados por los actos de la mujer, de modo -- que el consentimiento del marido no afecta para nada a la validez del contrato realizado por ella, -- pues a este aspecto se referían en su redacción derogada los arts. 61 y 1.263 del Código civil que le impedían adquirir a título oneroso o lucrativo sin licencia o poder de su marido, pero suprimida esta restricción no hay ningún obstáculo legal para que la mujer casada pueda ser compradora, sin que por -- tanto tengan aplicación los arts. 65 y 1.301 en su nueva redacción".

Todos los autores citados en este grupo admiten la validez del contrato celebrado por la mujer casada. Y también todos están conformes en que el consentimiento del marido sirve únicamente para extender a los bienes gananciales la responsabilidad de-

lo contratado por la esposa. El contrato será válido, pero de las obligaciones que de él dimanen solamente responderán los bienes propios de la mujer, no los gananciales, a no ser que el marido lo consienta de un modo expreso o tácito.

Esta opinión, la de que del contrato válido -- efectuado por la mujer, no responden los bienes gananciales, sino solamente los bienes privativos de ella, se complementa con la afirmación que encuentro de los autores citados, de que también resulta afectado por la responsabilidad el propio bien a -- que pueda referirse el contrato, supuesto que se -- trate de un contrato de adquisición. Téngase en -- cuenta que los autores citados escriben a propósi -- to de las compras efectuadas por la mujer, tema -- muy de actualidad en estos momentos.

Llegamos así a una situación un tanto singular: la mujer casada puede contratar, puede por ejemplo tomar dinero a préstamo, o puede comprar, y su contrato es válido. Pero de las consecuencias del contrato no responden los bienes gananciales. El acreador del dinero prestado, o del precio de lo que la mujer compró no podrá exigir el pago contra bienes

gananciales, por impedirlo el artículo 1.416 del Código, a menos claro es, que el marido consienta lo-
hecho por su mujer ; y a menos, tratándose de la --
compra, que se dirija precisamente contra el bien -
comprado, según acabo de indicar.

De los efectos del contrato responderá solamente
ella, y solamente con sus bienes propios. (Recuérde-
se que estamos fuera del campo de las obligaciones--
dimanantes de las actuaciones comprendidas en el ar-
tículo 66 del C.c.).

Esta falta de responsabilidad de los gananciales
a causa de contratos efectuados por la mujer sin --
consentimiento del marido no es, al parecer, total,
absoluta. Existen varias excepciones en los artícu-
los 1.408, 1.410 y 1.411 del Código.

En el 1.408. No me refiero a su número 1º que de-
clara de cargo de la sociedad las deudas y obliga--
ciones contraídas durante el matrimonio por la mu--
jer "en los casos en que pueda legalmente obligar a
la sociedad", pues se está remitiendo a los casos -
del artículo 66, 1.362, 1.385-1º y aquéllos en que-
la mujer administra, por Ley o por pacto, la socie-
dad de gananciales.

Pero sí encajan aquí los supuestos a que se refieren los números 2º y 3º. La mujer administra -- sus parafernales, como hemos dicho y repetido (art. 1.384) ; puede realizar en ellos las labores de -- conservación y administración que sean procedentes; contratará al respecto, y de las obligaciones que surjan de esos contratos, responden los bienes gananciales, siempre que no sean reparaciones mayores. El caso normalmente estará incluido en esa agтуación de la mujer respecto sus parafernales según la cual solamente está obligada a entregar el producto líquido de la administración, como ya hemos desarrollado más extensamente. Pero en el supuesto de que no haya productos bastantes, responderán de esos contratos los demás gananciales. Y -- aunque haya productos bastantes. El acreedor no -- tiene por qué seguir ningún orden de excusión. Puede hacer efectivo su crédito contra bienes gananciales en general, porque así resulta del artículo 1.408.

En el 1.410. Conforme expresa este artículo son de cargo de la sociedad de gananciales las deudas contraídas por la mujer antes del matrimonio, y --

las multas y condenas que se le impongan por actos cometidos después de casada, siempre que concurren dos requisitos : que no tenga bienes propios para pagar, y que estén cubiertas las atenciones que -- enumera el artículo 1.408. Y claro es que sin perjuicio de que al tiempo de liquidarse la sociedad se cargue en el haber de la mujer lo pagado por -- los conceptos expresados.

Desde luego este artículo impone a los acreedores que quieran utilizarlo una pesada carga : hacer excusión de los bienes propios de la mujer, y probar que están cubiertas las atenciones que enumera el artículo 1.408 del Código civil. Estas dificultades, por sí solas, son suficientes para que nadie quiera contratar con la mujer si no obtiene el consentimiento del marido que previene el artículo 1.416, y queda así expedita la acción contra los gananciales. Debe tenerse en cuenta que en una gran mayoría de los matrimonios españoles no existen otros bienes que los gananciales.

Pero no podemos dejar de considerar el supuesto de que la mujer no haya obtenido el consentimiento del marido, sea por inadvertencia del otro contra-

tante o por otro motivo. En tales casos, a tenor de la letra del artículo 1.410 solamente podrán hacerse efectivas contra los gananciales (y supuesto que estén cumplidos los otros requisitos de inexistencia de bienes propios y de estar cubiertas las atenciones del artículo 1.408), las deudas contraídas por la mujer antes del matrimonio, y las multas y condenas pecuniarias que se le impongan después de casada. No las demás deudas, las que haya contraído mediante contratos válidos.

Antes de la reforma de 1.975 Lacruz y Albaladejo comentaban este precepto y decían que "el régimen del artículo 1.410 debe aplicarse sin distinción a cualesquiera deudas distintas de las señaladas en el artículo 1.408. En efecto, si las deudas originariamente más ajenas a la comunidad, y aún por lo común contrarias a sus intereses, como las antematri- moniales y las delictuales, pueden, subsidiariamente, hacerse efectivas sobre los bienes comunes, -- ¿qué otras deudas podemos excluir?". Y añaden : el precepto, en su redacción actual (aclaran en Nota - que en el precepto de 1.851 se refería solo a las - deudas del marido), significa un contrapeso de las-

atribuciones que el artículo 1.408-1º confiere al marido, y a la vez una garantía para los acreedores. Con arreglo a él, también las obligaciones válidas de la mujer pueden hacerse efectivas (subsidiariamente, como las del marido) sobre los bienes gananciales, quedando reformado así el crédito que ésta pueda precisar, por ejemplo en la administración de los bienes parafernales." (78)

En los autores que he consultado no he visto estudiada esta extensión analógica de aplicación del art. 1.410 del C.c. Cossio concretamente la rechaza (79). Puig Brutau la expone, sin al parecer tomar posición (80). El mismo Lacruz dice : "ciertamente la doctrina se muestra toda ella contraria a la extensión analógica del art. 1.410, pero sin razonar suficientemente su solución, que presenta notables inconvenientes". Como el mismo autor, aclara en nota, la tesis negativa difícilmente puede explicar por qué si la mujer compra un vagón de abono para su finca solo responden del precio sus bienes privativos ; pero si estafa al vendedor, entonces de la indemnización responden los gananciales (81).

El fundamento de extender la aplicación del art.

1.410, que ya resulta de cuanto va dicho, aclara La cruz que está en proteger a los acreedores privados que "al no poder embargar la cuota del cónyuge-deudor en los bienes comunes hasta la disolución -- del consorcio, quedarían todo ese tiempo sin cobrar sus créditos si éste carece de bienes propios, y a pesar de que puede tener una importantísima cuota - en los gananciales, acaso formada con los gananciales provenientes de su profesión o actividad" (82).

Esta extensión analógica lleva a otro problema - que es el de los derechos del cónyuge no deudor. El art. 1.410 no contiene norma alguna para salvar su parte de gananciales cuando se embargan todos por - deudas del otro. Solamente dispone que al tiempo de liquidarse la sociedad se cargará al cónyuge deudor lo que por él se haya satisfecho, reserva que como dice Castán " será ilusoria y por consiguiente habrá perjuicio para el cónyuge no deudor si sólo hay pérdidas en el momento de la liquidación" y cita entre paréntesis la sentencia de 22 de Diciembre de - 1973. (83)

Este problema es uno de los que han dado lugar a lo que los autores estudian como tercería de domi--

nio en posible defensa de los bienes gananciales.

Ya sabemos que la tercería tiene por objeto salvar el dominio o el mejor derecho de quien lo ejerce respecto de bienes en periodo de ejecución por deudas, y quien la ejercita ha de ser tercero en relación al ejecutante y al ejecutado. Si se ejecuta un bien ganancial por obligaciones personales de un cónyuge ciertamente no se puede afirmar que se embarga un objeto ajeno. Sin embargo algunos autores entienden que el cónyuge no deudor puede ejercitar una tercería para dejar a salvo su mitad de gananciales.

Así Lacruz dice que "cuando las deudas son realmente privativas, y responde de ellas el patrimonio consorcial solo subsidiariamente, es más equitativo entender que el art. 1.410 no permite repetir contra él si no en tanto en cuanto quede libre al cónyuge no deudor una mitad del valor neto de dicho patrimonio, pudiendo ejercitar así dicho cónyuge la tercería nacida de su derecho, indiscutiblemente actual, aunque no liquidado, sobre los bienes comunes". Y aún aclara que no es obstáculo el no conocerse el importe exacto de las ganancias ; basta --

que según los datos que se posean en el momento que pa en la mitad de gananciales del deudor el importe que se reclama. (84)

También Gonzalez Enriquez admite la tercería aunque no concreta con el detalle que lo hace Lacruz.-- Se refiere al supuesto en que sea la mujer la que se defienda de obligaciones contraídas por el marido en contravención al Código o en fraude de la mujer, con lo que está un poco fuera del caso concreto que ahora estamos tratando (85).

Más claro es Cossio que dice : "Si se acepta la construcción más generalizada de la titularidad en mancomún de los bienes, o la que anteriormente hemos defendido de la verdadera sociedad dotada de personalidad jurídica, es evidente que aparecerá como fundada una tercería producida con ocasión de un procedimiento en que se persiguen bienes gananciales fundándose en una deuda contraída por el marido o la mujer con anterioridad al matrimonio, y ello por las mismas razones que han llevado a la Jurisprudencia a negar a ambos cónyuges el derecho de disponer como propios de aquellos bienes que se califican como gananciales." (86)

Puig Brutau no admite en cambio la tercería para el supuesto concreto que estamos tratando, dice primero que la posible tercería no daría como resultado el que la deuda recayera sobre la mitad -- del cónyuge deudor, dejando libre la otra mitad -- del no deudor, pues "esta otra mitad quedaría como fondo de bienes comunes o gananciales, con la misma participación a favor de ambos esposos.

Por tanto, si se permitiera que los gananciales fuesen ejecutados por la mitad correspondiente al deudor, el cónyuge no deudor quedaría reducido a -- la cuarta parte : a mitad de la otra mitad." Para -- que no se dé ese resultado, sigue diciendo habría -- que "admitir que el embargo y subsiguiente tercería producen la liquidación anticipada del patrimonio común". Esto no es legalmente posible hoy día -- y por eso el Tribunal Supremo ha rechazado varias -- tercerías, en opinión de Puig Brutau acertadamente. El criterio del Supremo, según Puig Brutau, es claro : "la tercería está condenada al fracaso si, como se ha hecho en varias ocasiones la mujer (o -- el cónyuge tercerista) pretende reivindicar para -- sí la mitad que le corresponde en los gananciales;

en cambio puede triunfar si sostiene que está legimada, en defecto del marido, para pedir que se declare que ciertos bienes, por ser gananciales, no están sujetos a responsabilidad por ciertas deudas y han de ser mantenidos en su integridad para atender a los fines comunes del matrimonio." (87). Cita a continuación una serie de sentencias que expresan la doctrina resumida.

El artículo 1.410 permite, con las condiciones o restricciones dichas, ejecutar bienes gananciales por deudas anteriores del matrimonio, suponiendo -- que no se admite la ampliación analógica que indica Lacruz.

Dado ese carácter excepcional que entonces resulta, y conforme a ese carácter habrá que interpretar que deba entenderse por deudas anteriores al matrimonio.

Según Lacruz "se entiende que son tales las contraídas antes del matrimonio, aunque habiéndose -- aplazado el pago, los vencimientos ocurran después" (88), opinión que acepta Puig Brutau (89).

La fecha de la deuda, evidentemente habrá de -- ser fehaciente. A mi juicio no bastará un documento

privado suscrito por la mujer y su acreedor con fecha anterior al matrimonio, y que no reuna el tal documento los requisitos del artículo 1.227 del C. c.; el marido, el perjuicio que para él deriva al perder bienes gananciales debe ser considerado a estos efectos como tercero.

"A las deudas antematrimoniales -dice también - Lacruz- han de equipararse las heredadas (deudas - procedentes de sucesión mortis causa), pues ambas son deudas correlativas a los bienes aportados". - (90).

Esta frase, y la materia en sí misma, da lugar a una cierta confusión.

La frase parece querer decir que las deudas de una herencia por ser equiparadas a las antematrimoniales, podrán ejecutarse sobre bienes gananciales una vez hecha excusión de los privativos del cónyuge heredero, y estando cubiertas las atenciones -- del artículo 1.408 del Código. Sin embargo, Lacruz y también Puig Brutau, aclaran la frase en sentido diferente pues dicen, con palabras de éste último- que "si los bienes y derechos han de quedar como - privativos, por ser adquiridos a título gratuito -

(art. 1.396 nº 2 del Código civil), igual ha de suceder con las deudas y obligaciones"⁽⁹¹⁾/Y rechazan la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Mayo de -- 1915 que declaró que la aceptación pura y simple de una herencia hecha por mujer casada, la obliga no -- solo a los bienes heredados y a los suyos propios, -- sino también a los existentes en la sociedad conyugal cuando la herencia fué aceptada con licencia de su marido, porque así resulta, según sigue diciendo la Sentencia de los artículos 1.003 en relación con el 995, y sobre todo el 1.416 del Código civil.

Rechazan ambos la sentencia por entender que "la solución de abrir, en concurrencia con los bienes -- propios, la masa de los gananciales a la agresión -- de los acreedores de la herencia, ni viene exigida -- por el artículo 995 (antiguo), ni es justo cuando -- los bienes quedan en el patrimonio privativo del -- cónyuge heredero") (92).

Creo que conviene distinguir dos cuestiones. Una primera se refiere a la cuantía de los bienes que -- se heredan. Cuando se heredan bienes y deudas, se -- hace un inventario expresivo del activo y del pasivo, éste es baja de aquél, y se hace una hijuela es

pecial para pago de deudas comprensiva de bienes -- bastantes para cubrir dichas deudas. Por lo tanto no es cierto que queden como privativos todos los bienes y como gananciales las deudas. Solamente quedan como privativos los bienes que exceden del importe de las deudas, pues los que se adjudican para pago de deudas, o sea, el montante de las deudas, se reciben -- por concepto diferente a la herencia, no son privativos sino gananciales al ser adquiridos onerosamente en pago de la deuda.

La otra cuestión es la de la extensión a los gananciales de las deudas de la herencia. En el caso de la sentencia de 1915, citada, la solución no podía ser otra ya que el marido había dado su consentimiento a la aceptación hecha por la mujer. Pretender distinguir en esa manifestación de voluntad del marido la "licencia" para parafernales del "consentimiento" para gananciales es una sutileza excesiva, no -- justificada suficientemente de los textos legales, y concretamente de los artículos 995 y 1416 que invoca el Supremo.

Hoy día, después de la reforma, la nueva redacción del artículo 995 es bastante clara. No necesi--

tando la mujer casada licencia, si en la acepta---
ción no concurre el marido, de las deudas hereditata
rias no responde la sociedad de gananciales. No --
hay conforme a este artículo ninguna posibilidad -
de dar a esas deudas hereditarias tratamiento de -
deudas antematrimoniales. Distinto es que la persona
a quien se hereda haya muerto antes del matrimoni
nio y la aceptación haya tenido lugar después. En-
tal caso, como resolvió la Sentencia de 20 de Mar-
zo de 1962, la deuda ha de considerarse, antematrini
monial, porque los efectos de la aceptación se re--
trotraen al momento de la muerte de la persona a -
quien se hereda (art. 989 C.c.).

En el artículo 1.411. Vistas las excepciones a-
la falta de responsabilidad de los gananciales por
consecuencia de contratos efectuados por la mujer,
que señalan los artículos 1408 y 1410, veamos por-
último la excepción que resulta del artículo 1411-
de nuestro Código.

Dispone este precepto que lo perdido y pagado -
durante el matrimonio por alguno de los cónyuges -
en cualquier clase de juego no disminuye su parte-
en los gananciales. Y que lo perdido y no pagado,-

en juego lícito, será de cargo de la sociedad de gananciales.

El precepto cobra hoy día una importancia enorme. Hasta la reforma la mujer casada no podía jugar sin licencia de su marido, por cuanto el juego y apuesta son contratos, y para contratar necesitaba tal licencia. Hoy día no la necesita. Puede, lo mismo que el marido, celebrar válidamente por sí misma esos contratos de juego, y sin son de los no prohibidos quedará obligada civilmente. (art. 1801 C.c.) con la consecuencia de que de esas obligaciones responderá la sociedad de gananciales a tenor del artículo 1411.

El problema es grave, y hace surgir una tremenda paradoja. Si la mujer juega, en los no prohibidos, compromete a la sociedad de gananciales. Si la mujer contrata fuera de juego, por ejemplo en el antes citado de Lacruz, si compra un vagón de abono para su finca parafernial, no responde la sociedad de gananciales.

3.1.3.- Actos de disposición.

Como hice respecto del marido, también aquí dig

tingo entre actos de disposición a título gratuito y a título oneroso.

A) A título gratuito.

Las facultades de la mujer aún son menores que las del marido. Codispone con el marido como regla general ; y desde el punto de vista cuantitativo - esta regla es fundamental, pues la mayor parte de los casos de disposición gratuita de gananciales - quedan sujetos a ella.

La mujer tiene menos facultades que el marido - pues no se dá para ella las excepciones que el Código hace en favor del marido, o sea las dos que - recogen respectivamente los párrafos primero y segundo del art. 1.415.

La mujer pues no puede por sí sola (como sí, el marido) donar o prometer a los hijos comunes bienes para su colocación o carrera. Y tampoco puede hacer donaciones moderadas para objetos de piedad o beneficencia.

En cuanto a la ineficacia de las donaciones de la mujer hechas sin consentimiento del marido, --- creo aplicable lo dicho antes a propósito de las -

donaciones del marido sin consentimiento de la mujer.

B) A título oneroso.

Como se ha dicho antes, es el marido el que tiene la facultad de disponer a título oneroso, si -- bien cuando se trate de inmuebles y establecimientos mercantiles necesita el consentimiento de su -- mujer. La mujer, pues, no codispone con el marido, como cuando se trata de disposiciones gratuitas, -- sino que consiente la disposición hecha por el marido.

A pesar de considerarse al marido como titular de disposición de los bienes gananciales, creo que la regla no es tan absoluta y que la mujer puede -- realizar actos de disposición de bienes ganancia-- les, si se trata de inmuebles con consentimiento del marido, y si se trata de determinadas clases -- de muebles sin ese consentimiento.

a) Disposición de inmuebles.

El problema de que la mujer dispusiera de inmuebles gananciales se planteó hace años traído de la

mano por el tracto sucesivo del Registro de la Propiedad.

Desde antiguo se admitió la posibilidad de que se adquirieran bienes a nombre de la mujer, sin -- acreditar lo necesario para que fuesen privativos, es decir se admitió que se inscribieran en el Re-- gistro de la Propiedad bienes gananciales a nombre de la mujer, pues cuando algún Registrador se opuso las Resoluciones de la Dirección General de los Registros dispusieron su inscripción (93).

Así inscritos, se admitió en la práctica la posibilidad de que el marido, por sí solo, pues me -- estoy refiriendo a fechas anteriores a la Reforma de 1958, dispusiera de tales bienes, no obstante -- ser la mujer la titular. Hasta que por aplicación del principio del tracto sucesivo se consideró preciso que el titular, la mujer, fuera quien efectuara la disposición. Lo declararon numerosas resoluciones y se recogió de modo expreso en el Reglamento Hipotecario de 1946.

Con la reforma de ese Reglamento de 1959 las cosas cambian un poco al menos en el orden registral, ya que este Reglamento ordena que las adquisicio--

nes de bienes en las que no se justifique la procedencia del dinero se inscriban a nombre de los dos cónyuges conjuntamente sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal (art. 95,1), la cuestión ha quedado más disimulada. Pero sigue en el orden documental pues cuando adquirió a título oneroso la mujer, aunque en el Registro se haya inscrito a nombre de los dos cónyuges, la disposición onerosa posterior, documentalmente, la hace la mujer con consentimiento del marido. Y sigue también en el propio Registro respecto de los bienes adquiridos por ella con aseveración del marido de que el dinero es de la mujer, pues en tal caso se inscribe a nombre de la mujer, haciendo constar tal aseveración y sin que se prejuzgue el carácter privativo o ganancial.

En este caso llegado al acto de disposición es la mujer quién dispone con consentimiento del marido.

La situación es de equiparación a cuando fué el marido el titular que adquirió y luego dispone, que necesita consentimiento de su mujer (art. 1.413 C.c.)

Esta disposición de la mujer con consentimiento del marido es muy usual en la práctica por la fuerte corriente que hoy existe de comprar bienes, especialmente el piso constitutivo del hogar familiar a nombre de la mujer. Pero es dudoso cual sea la verdadera naturaleza de tal disposición.

Una solución es la de entender que dispone la mujer y el marido consiente. Parece haber una aplicación del art. 1.413 C.c., solo que al revés. Parece aceptar esta solución Cámara cuando dice que "tanto los actos en que se ha prescindido del consentimiento del marido como aquéllos en que se ha hecho caso omiso del de la mujer dan lugar a situaciones absolutamente similares". En ambos casos entiende Cámara que es de aplicación el art. 65 del C.c., o sea el acto es anulable, con el plazo del art. 1.301 del C.c., etc.

Las razones de Cámara son que "en ambos casos se trata de otorgar al cónyuge que no ha consentido el negocio un remedio para evitar que aquél prevalezca. Los intereses de la contraparte y los de terceros, a quienes eventualmente, puede afectar el acto son igualmente idénticos, lo mismo en una-

hipótesis que en la otra." Sigue diciendo Cámara - que era tentador encajar el supuesto en el art. - 1.259 del C.c., con su consecuencia de ineficacia plena por faltar cuando dispone la mujer sin consentimiento del marido, éste consentimiento del -- verdadero "dominus" que es el marido respecto de - los gananciales. Pero no debe ser así, pues la si tuación no es igual : porque se opera sobre un patrimonio común ; y sobre todo por el riesgo de con fabulaciones urdidas entre los cónyuges para de--- fraudar los intereses de la contraparte. Cree Cáma ra que la Jurisprudencia del Supremo sobre el art. 1.413 anterior a la reforma tuvo muy en cuenta para declarar que lo hecho por el marido sin consentimiento uxorio era solamente anulable, el temor - de que la imposibilidad de probar que la mujer con sintió se utilizara como ardid para desentenderse de lo convenido. El mismo peligro existe, concluye, cuando ha sido la mujer quien ha otorgado el acto. "La intimidad de la relación que une a los cónyu-- ges y el hecho de que normalmente convivan repug-- nan a que cualquiera de ellos pueda permitirse el lujo de oponerse "sine die" a lo que el otro haya-

hecho, y esto aunque conozca el acto que su consorte llevó a cabo." Aún aclara Cámara, en nota a pie de página, que "el hecho de que el consentimiento uxorio pueda ser suplido por la autorización judicial y el del marido no, afecta solo a la posibilidad de evitar que la irregularidad se produzca ; - pero si de hecho se produce, tal situación es idéntica." (94)

En trabajo anterior al de Cámara, Pérez Sanz, - había sostenido igual solución. (95)

Sanz Fernández no opina así. Al tratar de la -- cuestión encabeza la materia con el rótulo de "Disposición por la mujer con consentimiento del marido", pero dice que tal disposición "no es muy ajustado al Código civil, conforme al cual la mujer carece de poder dispositivo directo sobre los bienes gananciales ni aún con consentimiento del marido". Hay para Sanz Fernández una verdadera codisposición, lo que excluye para este supuesto la aplicación del art. 65 del C.c. y la de una posible autorización judicial supletoria de dicho consentimiento. (96)

b) Disposición de muebles.

La cuestión respecto de muebles se complica por el hecho de la posesión.

Dice Pérez Sanz que la mujer, respecto de los muebles que posea de buena fé está legitimada para disponer en base al art. 464 del C.c. No lo está, - en cambio, respecto de los muebles no poseidos que quedan, según Pérez Sanz, sujetos al mismo régimen que los inmuebles (97).

Es cierto, pero creo que hay que precisar un poco más.

No basta el mero hecho de la posesión para que la mujer quede legitimada. Creo se debe de estar a la naturaleza de la cosa mueble, que en ocasiones contrarresta el hecho de la posesión.

Así ocurre con los establecimientos mercantiles y los títulos valores. Ambos son muebles. Pero parece evidente que para disponer de unos y de otros gananciales a su nombre, la mujer necesita el consentimiento de su marido.

En cuanto a los establecimientos mercantiles, - porque a efectos de disposición están equiparados a los inmuebles en el art. 1.413 del C.c. Aunque la

mujer esté ostensiblemente en posesión del establecimiento creo, que está -- posesión no basta para legitimar la disposición hecha por ella sola.

En cuanto a los títulos valores, la solución ortodoxa no puede ser otra. Comprados a nombre de la mujer, con carácter ganancial, debe consentir el marido la posterior enajenación. Ocurre sin embargo que las pólizas de compra hechas por los Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores de Comercio no expresan el estado civil del titular adquirente, lo que lleva en la práctica a permitir la posterior enajenación a la mujer por sí sola ; a lo que si añadimos la irreivindicabilidad de los títulos valores negociados en Bolsa (arts. 545 y 546 C. de Comercio) nos conduce a una disposición hecha por la mujer plenamente eficaz.

No obstante insisto en que la posición correcta respecto a títulos valores, en nuestra legislación actual, es la de ser necesario el consentimiento del marido. Vendrá exigido de hecho si la adquisición por la mujer se efectuó en escritura notarial pues en ésta sí que consta el estado civil, aunque es poco frecuente, quizá solamente las acciones --

suscritas en constituciones de sociedades o en ampliaciones de capital de las llamadas familiares,-- en las que en la misma escritura consta quienes -- son los suscriptores de la ampliación.

También es evidente la necesidad del consentimiento del marido respecto de cuotas sociales que no revistan el caracter de acciones (Sociedades Colectivas, de Responsabilidad Limitada, etc). No en cambio, respecto de la cuota en una Cooperativa, a tenor del art. 8 b) de la Ley de Cooperativas de 19 de Diciembre de 1974, que equipara la mujer al marido respecto de las enajenaciones a título oneroso de las cuotas de caracter ganancial : el marido no necesitaría consentimiento de la mujer, tampoco la mujer del marido.

Para los demás muebles en general, y especialmente el dinero, las facultades dispositivas de la mujer toman base firme, al decir de la doctrina,-- en el art. 464 del C.c.

Algunos autores también invocan los arts. 1158-1160 del C. civil. Con arreglo al primero es válido el pago hecho por cualquier persona, argumento-- que se utiliza para justificar la validez del pago

o disposición del dinero hecho por la mujer. Con arreglo al segundo el pago hecho con dinero o cosa fungible no se puede reclamar o repetir contra el acreedor que lo haya gastado o consumido de buena-fé.

Así opinan Pérez Jofre (98) ; Sanz Fernandez (99), y en cierto modo Cámara (100).

Sin embargo el argumento principal es el de Cámara fundado en el 464. Con arreglo a éste solamente podría interferirse la disposición de la mujer si se considerase que el dinero ganancial es del marido y que al disponer la mujer efectúa una privación ilegal del dicho dinero a su marido. Pero - ésto lo rechaza Cámara : "Respecto de la mujer casada, - dice - ¿ se puede afirmar seriamente que - "priva ilegalmente" al marido, o al patrimonio común del dinero que obra en su poder y que invierte en la adquisición de bienes que, por ministerio de la Ley, pasaran a formar parte de aquél patrimonio?. No es sólo que la excusa absolutoria del artículo-564 del Código Penal excluye este tipo de ilicitud, sino que, además, ¿como hablar de privación ilegal cuando quien dispone es copropietaria del dinero -

objeto de la disposición y ésta se hace para adquirir algo que, igualmente, habrá de pertenecer a -- los dos cónyuges?". Así, pues, dice Cámara, ante -- una eventual pretensión de impugnar la disposición del dinero, el que lo haya recibido por legítimo -- pago, por ejemplo por haber vendido algo, podrá de fenderse con dos preceptos del Código : con el artículo 1.160 si prueba que gastó o consumió las -- cantidades satisfechas por la mujer ; y con el artículo 464, por no poderse sostener que a la disposición preexistió "privación ilegal". (101)

Rodriguez Adrados defiende también la disposición del dinero que pueda hacer la mujer casada. -- La considera plenamente válida, y no sólo por aplicación de los artículos citados, sino por la propia naturaleza de las cosas. La falta de disponibilidad del dinero, dice, equivaldría en la práctica a una incapacidad. No podría comprar cosa alguna, -- fuera de los límites del artículo 66 del Código ; "y apenas podrá realizar ningún acto jurídico ; -- prácticamente en todos, en efecto, aparece el dinero como elementos principal (retracto, cesión, -- arrendamiento, aportación a sociedad, préstamo y --

depósito de dinero, etc.), o como elemento complementario para equilibrar diferencias (permuta, disolución de comunidad, partición de herencia), o como objeto de obligaciones accesorias (gastos, -- fiscales y de otra índole, en donaciones y en casi todos los actos jurídicos), o como efecto jurídico ulterior (letras de cambio, fianzas, etc.), o por lo menos, porque ante caso de incumplimiento, todas las obligaciones pueden derivar a un resarcimiento de daños y perjuicios en dinero". Si no puede hacer ninguno de esos actos jurídicos porque no puede disponer del dinero correspondiente, su situación de hecho sería la de una incapaz. "Fuera del artículo 1.410 - continúa diciendo Rodríguez - Adrados - aunque la mujer tuviera dinero, y quisiera cumplir sus obligaciones principales, accesorias o subsidiarias, no podría, en efecto, hacerlo, sin la prueba - casi siempre inalcanzable - de que su dinero era privativo o sin el consentimiento de su marido administrador de la sociedad legal. Si - ésto fuera así ; si fuera imposible coexistir la sociedad de gananciales con la plenitud de la mujer, habría que propugnar la inmediata supresión de aquélla." (102)

En todo caso, a lo más que se puede llegar es a considerar que la disposición del dinero hecha por la mujer, en contra de lo convenido con marido, dé lugar a una indemnización por la mujer a costa de sus bienes privativos a la sociedad conyugal, en el momento de su liquidación, y siempre que el marido ~~entre~~ tanto no haya utilizado los bienes adquiridos, pues ello supondría un consentimiento tácito. Nunca una reclamación contra el tercero en base a la privación ilegal del dinero. En este sentido Sanz Fernández.(103)

Esta facultad de la mujer casada en régimen de gananciales para disponer del dinero presuntivamente ganancial ha sido reconocida por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 8 de Febrero de 1977. En su considerando número trece lo afirma taxativamente ; y por -- las razones que en el mismo considerando se indi--can. Dice : "Considerando que de la presunción de que todos los bienes son gananciales no debe pasarse a la presunción de todos los bienes, incluso -- los que posee la mujer, sólo pueden ser administrados por el marido, pues el tradicional reconocimien

to de la personalidad de la mujer, el principio de la buena fé, la presunción del artículo 448, el -- ser ella tambien órgano de gestión de la sociedad-conyugal, la responsabilidad que incumbe al gestor principal de toda actividad económica y las exigencias de la seguridad del tráfico obligan a entender, mientras no consta otra cosa, que la mujer -- tiene la libre disposición del dinero del que efectivamente dispone, sin necesidad de acreditar que sea privativo o que siendo ganancial lo hace en -- uso de la potestad que le reconoce el artículo -- 1.384 u otros varios preceptos, o que se trata de dinero ganancial que el marido ha puesto a su disposición."

La Dirección, en el mismo Considerando, deja - " a salvo las posibles repercusiones que entre marido y mujer pueda tener la extralimitación de ésta, la cual no afectaría a terceros de buena fé."

3,1,4.- Actos de adquisición.

Hemos ido viendo las dificultades que se oponen a admitir que la mujer casada pueda, respecto de - los bienes gananciales, realizar actos de adminis-

tración, actos de obligación y actos de disposi--
ción.

Al llegar a los Actos de adquisición la cues--
tión se hace más compleja, porque de una parte es
dudoso el poder hablar de Actos de adquisición co
mo de una categoría especial de actos, diferente
de las otras tres categorías ; y porque, aún supe
rado ese obstáculo, se hace preciso examinar dos
problemas, cuales son la naturaleza (ganancial o
privativa) de los bienes adquiridos por el acto -
de adquisición, y los efectos que se producen y -
las obligaciones que se generan para el resto del
patrimonio ganancial por consecuencia del repeti
do acto de adquisición.

Veamos sucesivamente, y en el orden en que han
quedado indicados, las cuestiones enunciadas.

Antes, conviene aclarar que de actos de adqui
sición voy a ocuparme solamente de los efectuados
a título oneroso, pues las adquisiciones a título
gratuito no son gananciales, y si la adquisición
se hubiera verificado sin título derivativo, por
ejemplo una ocupación, según Lacruz (104) el bien
resultante seria ganancial. Porque esta adquisi--

ción la podemos considerar obtenida gracias a la -
"industria" de un cónyuge, aunque no consista en un
"trabajo" en sentido estricto. Lo adquirido pues --
por uno de los cónyuges por don de la fortuna, ca--
sualidad, muerte o hecho fortuito, como la parte co
rrespondiente en un tesoro descubierto por casuali-
dad, o el hallazgo de dinero u objeto cuyo dueño no
aparece etc. aunque haya azar, no es azar solo, si-
no unido a la "industria" del cónyuge que realiza -
el acto de ocupación. Como dice Lacruz basta "un -
esfuerzo, por pequeño que sea, del cual nace la ga-
nancia. No importa que ésta no sea compensación exac-
ta de un trabajo determinado, porque eso no lo exi-
je el Código civil" (105).

Este principio recibe aplicación concreta, según
Lacruz en el art. 1406 que dice "las ganancias obte-
nidas por el marido o la mujer en juego, o las pro-
cedentes de otras causas que eximen de la restitui-
ción, pertenecerán a la sociedad de gananciales, --
sin perjuicio en su caso, de lo dispuesto en el Có-
digo Penal".

Luego, a decir de Lacruz, "sin necesidad de invo-
car la presunción del art. 1407, podemos concluir -
que el art. 1401, nº 2, en relación con el 1406, in

cluyen todos los bienes que proporciona la actividad de los cónyuges" (106).

Estas indicaciones sobre las adquisiciones gananciales de carácter originario las he hecho porque no se entiendan olvidadas. Pero dada la escasa importancia de tales adquisiciones el resto de las páginas que siguen se refieren exclusivamente a las adquisiciones derivativas a título oneroso, y muy especialmente a las compras.

A) Si la mujer casada puede o no efectuar adquisiciones de carácter ganancial.

Esta es la primera cuestión. Como se vé, al enunciarla ahora ya no hablo de acto de adquisición. -- Porque es un tanto dudoso el que pueda sostenerse -- como categoría independiente la de actos de adquisición por precio, diferente de los de administración obligación y disposición.

La doctrina normalmente contrapone administración a disposición; y a su vez obligación a disposición; y deja en la penumbra las adquisiciones.

Cuando estas se efectúan onerosamente, por precio, suele ser costumbre considerarlas como actos --

de administración porque precisamente la buena administración consiste en invertir adecuadamente el dinero. "La colocación de un capital que se posee en efectivo es, sin duda alguna, acto de administración" dice Cámara (107).

Esta asimilación de las inversiones de dinero, de las compras, a los actos de administración, no cree Rodríguez Adrados que sea totalmente acertada, porque entiende que las normas que nuestro Ordenamiento jurídico dá para la administración de bienes suelen estar pensadas para otros bienes, y no para el dinero con el que esos bienes se adquirieran. Ni todo administrador puede comprar, ni todo el que compra es administrador. La unión inseparable entre la compra y la administración de gananciales nos conduciría a resultados absurdos, sigue diciendo este autor: "admitidas las demandas de nulidad o de separación de matrimonio, el Juez, al atribuir la administración de los gananciales a uno de los cónyuges, hubiera imposibilitado al otro para toda compra no justificadamente-privativa; y si hubiera atribuido la administración de parte de los gananciales a uno de los cónyuges y parte al otro, sin incluir en ninguna de las dos par

tes, como frecuentemente ocurrirá, sumas de dinero ninguno de los cónyuges podría comprar (conf. art. 68,4^a); el marido no podría comprar cuando se haya transferido a la mujer la administración de los -- bienes del matrimonio de conformidad con el artículo 1.441, y por lo tanto, no podría comprar el marido ausente (contra lo que resulta del artículo - 188,2), ni el prófugo, ni el rebelde, ni el que huiera abandonado la familia"... etc. (108).

Tampoco cree Rodríguez Adrados que el acto de - adquisición oneroso por precio deba considerarse - un acto de disposición del dinero porque aupaone un desconocimiento de la especial naturaleza del dinero, y porque "conduce a la desaparición de la distinción, fundamental para el Derecho positivo, entre actos de disposición y actos de administración a través de su relativización: y todo acto de disposición sería, al mismo tiempo, acto de adquisi--ción del dinero; y todo acto de adquisición sería, a la vez, acto de disposición del dinero". (109)

Si consideramos que la compra es acto de disposición del dinero, hemos visto que la mujer puede disponer del dinero. (véase págs. 237 y sigs. de este traba

jo).

Si consideramos que la compra es acto de administración, también hemos visto que el marido no es el administrador único de la sociedad de gananciales, y que la mujer puede realizar una porción de actos que verdaderamente son actos de administración de bienes gananciales. (Vease páginas 12 y sig. de este trabajo).

Si consideramos, en fin, que uno u otro acto ha de surgir a la vida jurídica, normalmente, por consecuencia de un contrato, y que desde luego la compraventa es un contrato, hemos visto también que la mujer es, hoy día, plenamente capaz para contratar, y que el contrato en sí, es plenamente válido sin necesidad del consentimiento del marido. (Vease páginas 21 y sig. de este trabajo).

Despejado así el problema, ya resulta de suyo que la mujer podrá realizar los contratos jurídicos de adquisición onerosa de gananciales, y concretamente la compra de bienes. Pero aun cabe reforzar esta conclusión considerando que la mujer es órgano de adquisición de bienes gananciales. No lo es solo el marido, administrador oficial, sino que también lo-

es la mujer.

La mujer puede adquirir bienes para la sociedad de gananciales, bienes gananciales conforme al artículo 1401 del Código, en dos supuesto, los del número uno y los del número dos de ese artículo.

Conforme al número uno, son gananciales los bienes adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los dos esposos.

La adquisición de bienes gananciales por subrogación, a costa del caudal común, no está regulada en el artículo 1412 del Código, que nombra administrador al marido, sino en el 1401 nº 1º. El art. 1412 únicamente dice que el marido es el administrador de la sociedad de gananciales y, como hemos visto no el único o exclusivo; administración que además, se entiende en concepto de gobierno. Pero dentro de esas facultades generales de gobierno, las concretas de adquirir no están reguladas en el 1412, sino en el 1401.

El nº 1 de ese 1401, como dice Rodríguez Adrados "no solamente regula cuando una adquisición es ga--

nancial, sino que se extiende a regular directamente la adquisición de bienes gananciales" permitiendo que se haga para la comunidad o para uno solo de los dos esposos. En el caso de adquisiciones por uno solo de los cónyuges la preposición "para" ha de entenderse que es preposición "por". Si el Código emplea el "para" es porque la frase viene arrastrada así del supuesto anterior-adquisición para la comunidad-, en que no sería posible el empleo de la expresión de "por" la comunidad debido a su falta de personalidad. Y sobre todo, la "adquisición" "para" la mujer solo puede ser hecha "por" la mujer o su apoderado, nunca por el marido como tal, ni después de la Reforma (art. 63), ni antes de ella, dada la interpretación limitativa del art. 60". Con este argumento de Rodríguez Adrados (110) y toda vez que igual hay que decir para el marido, resulta que el marido y mujer son los dos, órganos de adquisición de bienes, por subrogación real o por precio, de la sociedad de gananciales, órganos indistintos, sin que el uno necesite el consentimiento del otro. El Código no exige en este precepto consentimiento; de ser necesario ten

dría que haberlo exigido precisamente en este lugar, que es donde se está regulando las adquisiciones gananciales. O a lo sumo en otro precepto, pero con su ficiente claridad.

Conforme al nº 2 del mismo art. 1401 también son gananciales los bienes adquiridos por la industria, sueldo o trabajo de los cónyuges, o de cualquiera de ellos. Es evidente que la mujer mediante su trabajo es fuente de gananciales; y es evidente que para -- ello no necesita el consentimiento de su marido. Al regular el Código en el mismo precepto las adquisiciones originadas por el trabajo y las adquisiciones por subrogación, y al no hacer distinción alguna resulta evidente para Rodríguez Adrados, no solamente que la mujer es órgano de adquisición de gananciales sino que para efectuarlas por subrogación o precio no necesita de ningún consentimiento del marido -- (111).

De igual opinión son Pérez Sanz (112) Sanz Fernández (113) y Alvarez Bejiga (114).

Pérez Sanz añade a los dos supuestos dichos del 1401, otro supuesto en que la mujer es órgano de adquisición de gananciales: el de las ganancias obteni

das por la mujer en juego, según el art. 1406, -- art. que como ya indique antes también comprende al decir de Lacruz las adquisiciones propiamente originarias derivadas de la ocupación, hallazgo, etc.

Y Sanz Fernández por su lado añade que también la mujer es fuente de adquisición de gananciales mediante los rendimientos de los bienes parafernales (art. 1401, nº 3), no respecto de los dotales inestimados pues pertenecen al marido.

Si a estas consideraciones añadimos la consideración de que el Código Civil no prohíbe a la mujer efectuar compras de bienes gananciales, ni siquiera reserva al marido lo que llamaríamos legitimación para adquirir, podemos concluir que la mujer puede efectuar adquisiciones onerosas y de modo especial compras de bienes que tengan el carácter ganancial. Este último argumento de la falta de prohibición legal puede verse en Pérez Sanz (115) y en Sanz Fernández (116).

Esta conclusión, nos dice Rodríguez Adrados, -- no había sido hasta el presente formulada de modo tan claro por la doctrina y por la jurisprudencia.

Pero añade que tampoco han faltado esas formulaciones. Cita las opiniones de González Enriquez, Castán, García Cantero, Sánchez Román, Mucius Scaevola, Reyes Monterreal, Roca Sastre, Cabello y La Rica ; así como varias Sentencias del Supremo y Resoluciones de la Dirección General de Los Registros y del Notariado. (117)

A dichas citas hay que añadir la de Cámara en -- trabajo posterior al de Rodríguez Adrados. Cámara -- no desarrolla con amplitud los argumentos de que la mujer puede adquirir bienes gananciales aunque desde luego cita el art. 1.401 nº 1 del C.c. Su trabajo se refiere más a otros aspectos del problema, -- que luego veremos. (118)

Esta solución, la de que la mujer casada bajo el régimen de la sociedad de gananciales, y con dinero presuntivamente ganancial puede adquirir por sí sola y a título oneroso bienes, ha sido aceptada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la importante Resolución de 8 de Febrero de 1977, confirmada por las de 11 de febrero de 1977 y 26 de febrero de 1977.

Hay que aclarar enseguida que las tres resoluciones se refieren a casos en los que la compra - habiasido satisfecha con precio al contado. Después veremos la influencia que pueda tener el supuesto en el que el precio quede en todo o parteaplazado.

Los argumentos que emplea la Dirección son los siguientes :

A) Que un detenido examen del art. 1416 del C. c. lleva a la conclusión de que se limita a indicar los bienes que quedan obligados por los actos de la mujer, de modo que el consentimiento del marido no afecta para nada a la validez del contrato realizado por ella, pues a este aspecto se referían en su redacción derogada los arts. 61 y - 1.263 del C.c. que le impedían adquirir a títulooneroso o lucrativo sin licencia o poder de su marido, pero suprimida esta restricción no hay ningún obstáculo legal para que la mujer casada pueda ser compradora, sin que por tanto tengan aplicación los arts. 65 y 1.301 en su nueva redacción.

B) Que el segundo de los obstáculos señalados, que es el de que la mujer al comprar, alteraría -

por su sola voluntad el patrimonio común de los esposos, no tiene razón de ser, ya que es indudable que puede la mujer modificar la composición del patrimonio ganancial, según se deduce : a) Por los bienes que obtenga a través de su industria, sueldo o trabajo - 1.401 segundo - para cuyo ejercicio no necesita la licencia de su marido ; b) por los frutos, rentas o intereses que procedan de sus bienes parafernales - 1.401 tercero -, que pueden dar lugar a entrada de nuevos bienes gananciales ; c) - por la enajenación de sus bienes parafernales libremente - 1.387 - que puede provocar una disminución de los gananciales, al no ingresar los frutos o rentas que tendrían éste último carácter.

C) Que superados los obstáculos que podrían oponerse a la adquisición de inmuebles a título oneroso por la mujer casada en régimen de gananciales la interpretación favorable a su posibilidad, - por el contrario, se encuentra fundamentada : a) - En la supresión de la licencia marital para las adquisiciones a título oneroso o gratuito por la mujer ; b) en los arts. 1.392 y 1.401 que no discriminan en cuanto a la adquisición por cualquiera de

los esposos para que los bienes tengan el caracter ganancial y lo mismo sucede con el artículo 95, -- primero, del Reglamento Hipotecario ; c) en que al comparecer en juicio ella sola para reclamar los -- haberes profesionales que se le adeudan -- una vez -- suprimida en el art. 60 del C.c. la exigencia de -- la licencia marital para esta comparecencia -- si -- en la fase ejecutiva queda desierta la subasta de -- los inmuebles embargados por falta de postores podrá pedir la adjudicación de dichos inmuebles, que indudablemente tendrán el caracter de gananciales.

D) Que la mujer administra ciertos bienes gananciales, como son los frutos de los bienes parafernales y las ganancias obtenidas en su profesión, -- industria y trabajo, como el marido mismo.

E) Que de la presunción de que todos los bienes son gananciales no debe pasarse a la de que todos los bienes sólo pueden ser administrados por el marido, pues el tradicional reconocimiento de la personalidad de la mujer, el principio de la buena fé, la presunción del art. 448, el ser ella también órgano de gestión de la sociedad conyugal, la responsabilidad que incumbe al gestor principal de toda-

actividad económica y las exigencias de la seguridad del tráfico obligan a entender, mientras no -- conste otra cosa, que la mujer tiene la libre disposición del dinero del que efectivamente dispone, sin necesidad de acreditar que sea privativo o que siendo ganancial lo hace en uso de la potestad que le reconoce el art. 1.384 u otros varios preceptos ; o que se trata de dinero ganancial que el marido ha puesto a su disposición, a salvo las posibles repercusiones que entre marido y mujer puedan tener la extralimitación de ésta, la cual no afectaría a terceros de buena fé.

Las Resoluciones que hemos examinado, como se -- acaba de indicar admiten de lleno que la mujer casada en régimen de gananciales puede adquirir a título oneroso con precio al contado.

Pero de aquí no debe deducirse que no son admisibles las adquisiciones a título oneroso con precio aplazado.

Toda la argumentación que he dado en este apartado 3,1,4, antes de exponer la doctrina de la Dirección General de los Registros es perfectamente-

aplicable a las compras con precio aplazado en parte, y aún a las con precio totalmente aplazado (el hecho de que en estas no haya inicialmente disposición de dinero no es obstáculo a los demás argumentos).

En las compras con precio aplazado podrá plantearse el problema en cuanto al acto jurídico posterior de pago del precio, y a la responsabilidad que alcance a la sociedad de gananciales por la falta de pago. Pero la compra en sí es perfectamente válida.

Esta opinión está expresada con toda claridad en Rodríguez Adrados. Comenta el art. 1.416, que parece es el que se opondría a las compras con precio aplazado por disponer que "la mujer no podrá obligar a los bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido" y dice que es preciso desmitificar ese precepto pues de él "no puede deducirse la invalidez de las compras por la mujer casada en precio aplazado sino solamente que de las obligaciones de pago de precio que ella asuma responderán sus propios bienes y no los bienes gananciales". "El art. 1.416 no opera en el campo de

la validez o invalidez, sino en el de la responsabilidad". (119)

Lo mismo opina Pérez Sanz que dice "En las compras en que el precio quede totalmente aplazado no se plantea problema. La mujer, plenamente capaz, - puede comprar por sí. La compra es válida. La obligación de pago incumbe a la mujer y compromete su propio patrimonio. Lo que no podrá pretender el -- vendedor es hacer efectivo su crédito por razón -- del precio, sobre la masa ganancial, pues el art.- 1.416 se lo impedirá." (120)

Alvarez Bejiga dice que las compraventas de inmuebles con precio aplazado pueden ser hechas por la mujer casada por sí sola, pues con arreglo al - nuevo art. 62 del C.c. la esposa actualmente es -- plenamente capaz y por lo tanto hay que considerar el contrato perfectamente válido ; eso con independencia de la responsabilidad patrimonial que pueda derivarse y que conforme al art. 1.416... (121)

Sanz Fernández, también fundado en la plena capacidad de la mujer casada y en que el art. 1.416- se refiere al aspecto de responsabilidad y no de - validez afirma con claridad respecto a la compra--

venta que "es indudable que no existe obstáculo alguno para el contrato que será plenamente válido y que el efecto se desplaza hacia la responsabilidad u obligación de la sociedad de gananciales, esto es hacia el pago o cumplimiento". (122)

Cámara también : "hay que tener en cuenta que la compra, de suyo, es válida, pues la mujer casada en la legalidad vigente tiene capacidad para adquirir, contratar y obligarse" ; "no es exacto sostener que la mujer, al adquirir, se ha irrogado unas facultades de las que carece. Solamente se ha atribuido -- unas facultades que no tiene en cuanto ha dispuesto, sin permiso del marido, de fondos que pertenecan a la comunidad," (123)

Por no prolongar las citas, ya he indicado antes la serie de autores que consideran válido el contrato obligacional celebrado por mujer casada en régimen de gananciales, el contrato en sí, con independencia de la responsabilidad que pueda devenir para la sociedad de gananciales.

Veamos, pues, los dos problemas que antes he indicado, éste de la responsabilidad de la compra con precio aplazado, y antes, el de el acto jurídico del

pago del precio.

a) El pago del precio aplazado.

Hemos admitido con buena parte de la doctrina que el contrato de compra, con precio aplazado, es válido en sí mismo. Ahora bien, como la mujer no puede obligar los bienes gananciales sin consentimiento -- del marido (1.416), se deduce por la doctrina que la mujer no puede pagar el precio aplazado sin consentimiento del marido, lo que equivale a la vez a sostener que del precio pagado sin ese consentimiento ha dispuesto indebidamente la mujer, y por lo tanto el marido podría, en principio : prohibir a la mujer el pago del precio aplazado, o simplemente no darle consentimiento y no darle dinero o retirarle el que de hecho tenga en su poder ; y respecto del precio ya pagado, dirigirse contra el vendedor y pedirle la -- restitución del dinero ganancial ya cobrado por éste.

La mayor parte de los autores que vengo citando -- en este trabajo se ocupan del precio ya pagado y -- llegan a las conclusiones siguientes : 1ª.- Para pagar el precio la mujer necesitó el consentimiento -- del marido, pero a la falta de consentimiento es --

aplicable el artículo 65 del Código civil, o sea, -
el pago no es nulo, sino solamente impugnabile por -
el marido o sus herederos, dentro del plazo de cua-
tro años ; 2ª.- No cabe la impugnación contra el --
vendedor, que está protegido por los artículos --
1.158, 1.160 y 464 del Código civil. He citado los -
defensores de esta posición en las páginas 216 y sigs.
de este trabajo, y alegado la defensa del adquiren-
te de buena fé en las páginas 248 y sigs.

Para el precio aplazado queda la conclusión de -
que, llegado el momento del pago, habrá de mediar -
el consentimiento del marido, y que si no lo dá y -
no se efectúa el pago, surgirá el problema de con--
tra qué bienes se dirige el vendedor para hacer --
efectivo el cobro.

La conclusión es lógica y ortodoxa, y pienso que
merece alguna puntualización :

- Que es válido el contrato con precio aplazado.
La mujer, por sí sola, puede celebrar la compra con
precio aplazado, puede contratar aplazamientos de -
pago. Nada se prejuzga al admitir ésto en cuanto a-
los bienes sobre los que se podrá hacer efectiva -
esa obligación de pago. Lo veremos luego.

La validez del contrato de compraventa que hemos

visto reiteradamente defendida, y que para mí es --
indudable, hay que predicarla del contrato entero,
sería absurdo que el contrato fuera válido en par-
te : compra ; y nó válido en otra parte : el apla-
zamiento.

- Que en cada uno de los pagos sucesivos del --
precio aplazado, si la mujer paga, se dará la mis-
ma situación de pago eficaz que el efectuado en --
las ventas al contado. El vendedor estará protegi-
do por los preceptos antes citados y el marido no-
podrá repetir contra él. Quiero decir que no será-
preciso que ese pago posterior venga con el añadi-
do del consentimiento expreso del marido.

- Que la protección al vendedor por cada pago,-
tanto del de contado como de cada plazo pendiente,
parece inamovible. No cabe argumentar en su contra
que, puesto que el vendedor sabe que vende a una -
mujer casada, debe saber que ésta para pagar nece-
sita el consentimiento del marido, y por lo tanto-
no es adquirente de buena fé. No considero acepta-
ble ese argumento porque el vendedor que vé que la
mujer tiene dinero, no está obligado a investigar-
la procedencia de ese dinero, ni si es privativo o

ganancial, ni si el marido se lo dió y consintió - el pago de modo expreso o no ; en el peor de los - casos habrá de admitirse que la mujer tiene el consentimiento tácito del marido, pues en éste radica la potestad de no dejar dinero ganancial en manos de su esposa.

- Que, en fin, hemos visto como Rodriguez Adrados argumenta que la mujer puede, de suyo, disponer de dinero, porque de lo contrario la reduciríamos a una verdadera incapacidad de hecho (véase páginas 249 y sigs.)

No hay pues, problema, en cuanto al pago en sí, del precio aplazado. El problema está no en el pago, sino en el impago. El problema está en la responsabilidad por la falta de pago. Es lo que vemos a continuación.

b) La responsabilidad de los gananciales por el precio pendiente de pago.

Como he dicho hace un momento, la mujer casada - en régimen de gananciales puede haber contratado - la venta con precio aplazado. El contrato en sí, - es válido, y válida la obligación de pagar el apla

zamiento.

Y como también he dicho, los problemas no surgen por los sucesivos pagos que se efectúen, pues a cada uno es aplicable la doctrina para la compra al contado : los pagos son irrepetibles por el marido en función de los artículos 1.158, 1.160 y 464 del Código civil, si es que no se admite de plano la capacidad de la mujer casada para disponer de dinero.

El problema surge por el impago.

Que la mujer es responsable en ese caso con sus bienes propios, y que el vendedor puede dirigir su acción contra ella y sus otros bienes, es indudable, y nadie lo pone en duda.

La cuestión concreta que se plantea es la de la responsabilidad de los bienes gananciales a causa del impago del precio aplazado. Y en este punto la doctrina también es unánime : en principio no responde sin el consentimiento del marido, pues es -- aquí donde tiene plena aplicación la norma del artículo 1.416 del Código civil.

Ya he indicado esta postura, y los autores que la siguen, al hablar de la validez de los actos de obligación de la mujer (páginas 219 y sigs.)

Con un poco más de desarrollo veamos ahora este aspecto de la responsabilidad o no responsabilidad.

La doctrina parece conforme en que la propia cosa comprada, que se supone ganancial (después volveremos sobre esta naturaleza), responde del precio aplazado. Y que no responden los demás bienes gananciales salvo claro es que medie consentimiento del marido.

En cuanto a que responde la misma cosa comprada, hay unanimidad aunque las razones que se dan no -- sean siempre exactamente las mismas. Así tenemos :

Dice Rodriguez Adrados : "Esta inmunidad de los bienes gananciales a las obligaciones de la mujer de pago del precio aplazado, no coloca, sin embargo, al vendedor, en una situación tan peligrosa como podría creerse. Ante todo, el mismo vendedor -- puede asegurarse el pago del precio mediante condición resolutoria explícita o hipoteca, que la mujer podrá constituir, sólo, en la misma escritura de compra, a pesar de la ganancialidad presunta -- del bien adquirido, en aplicación de la doctrina -- de las Resoluciones de 13 de Mayo y 4 de Noviembre de 1968 (véase también la de 18 de Septiembre de -

1969), que no hay razón alguna para negar a la mujer ; el que puede comprar, puede establecer, en un negocio único y complejo, esas garantías de la compra misma. En caso de falta de pago, a su vencimiento, del precio aplazado, el vendedor solamente podría dirigirse contra los bienes de la esposa -- que tuvieran naturaleza privativa ; no contra los que la tuvieran ganancial del matrimonio, pero con una excepción : el mismo bien vendido (conforme Resoluciones de 28 de Marzo 1969 y 13 de Julio 1971); a pesar de la naturaleza, presuntamente ganancial, de éste, el vendedor podrá dirigirse contra él, lo mismo en el supuesto de que estén establecidas garantías especiales, que en el de que, por faltar éstas, el vendedor tenga que acogerse al artículo-1.124 del Código." (124)

En términos casi iguales, dice Pérez Sanz que parece prudente precisar algo más "acerca de la situación del vendedor en torno a su derecho al precio. Cabe que el pago del precio se garantice, al tiempo de la compra, con hipoteca o condición resolutoria que afecte al objeto del contrato, cosa -- que podrá hacer la mujer pues según tiene declara-

do la Dirección General en Resolución de 18 de Mayo de 1968, aún cuando una y otra garantía recaigan sobre una finca presuntivamente ganancial, la compra con garantía real no puede escindirse en los dos negocios que la forman, aplicando a cada uno las normas del contrato tipo..... En estos casos el vendedor hará efectivo su derecho, caso de impago del precio, mediante el ejercicio de la garantía pactada en su favor..... Si no se pactó una garantía especial el derecho del vendedor se ejercitará ateniéndose al artículo 1.416. Es decir, no responde la masa ganancial si el marido no presta su consentimiento ; pero aún en este caso, la cosa no es tan rotunda", pues, dice Pérez Sanz, desde luego la cosa comprada responderá, aún siendo gananciales -- porque de lo contrario se produciría un resultado injusto, un enriquecimiento injusto para la masa ganancial. (125)

Sanz Fernández también admite la responsabilidad directa del bien comprado en los casos en que se haya constituido sobre ese bien, hipoteca o condición resolutoria. En ambos casos, aclara que la obligación de los demás bienes de la sociedad de ganancia

les es casi inexistente. En los casos en que no se haya constituido garantía especial entiende que los mismos bienes adquiridos quedan obligados porque si no, se produciría un enriquecimiento injusto.(126)

Cámara también admite, desde luego que la cosa comprada responda, no obstante su naturaleza ganancial, tanto si hay garantía especial (hipoteca o -- condición resolutoria) como si no la hay, mediante el ejercicio de la acción resolutoria tácita.(127)

Así pues, todos están conformes en que si hay garantía especial, el bien comprado responde por causa de la misma garantía. Y si no hay garantía especial, todos están conformes en que el bien responde sea por causa de la llamada condición resolutoria - tácita del artículo 1.124 del Código sea por causa del enriquecimiento injusto que en tal caso dicen - habría para el patrimonio ganancial. De estas dos - variantes, creo más ajustada la primera, la de la - aplicabilidad del artículo 1.124 del Código Civil, - que entre otras razones eximiría de la prueba del - enriquecimiento.

El problema es un poco más confuso en relación - con los demás bienes gananciales. Si la cosa compra

da no alcanza a cubrir las responsabilidades derivadas del precio aplazado, por ejemplo, porque se haya desvalorizado o arruinado, ¿puede el vendedor -- exigir el pago contra los demás bienes de la sociedad de gananciales? Recordemos que estamos en el supuesto de que no ha mediado consentimiento del marido.

Solamente Cámara plantea, y muy de pasada, la cuestión de la responsabilidad preferente de los bienes propios de la mujer. Para que la sociedad de gananciales tenga que responder hace falta, nos dice, que exista enriquecimiento sin causa en el patrimonio ganancial, y añade: "No existirá dicha responsabilidad si la mujer -deudora frente a la contraparte del precio aplazado- cuenta con bienes propios suficientes".(128)

Para Cámara, pues, los demás bienes gananciales solamente quedan alcanzados por la responsabilidad del precio impagado, después de haber sido agotados los bienes de la mujer; y previa prueba de que se haya producido un enriquecimiento injusto en la masa ganancial, por consecuencia del ingreso del bien comprado. Extremo este último que no se comprende muy bien, porque si el bien comprado no ha alcanza-

do a cubrir el precio de compra, a causa de su dis-minución de valor, mal puede hablarse y menos probarse de que el patrimonio ganancial se ha enrique-cido. El enriquecimiento solamente podría venir de los frutos, supuesto un tanto extremo.

Perez Sanz y Sanz Fernández coinciden en entender que los demás bienes gananciales no responden en general, pero sí que responden aquellos gananciales concretos que están administrados por la mu-jer, hayase producido esta administración con consentimiento expreso o tácito del marido. Sanz Fernández no aduce precepto expreso, aunque nos habla de administración legal o judicial encomendada a la mujer (129). Pérez Sanz cita expresamente los artículos 1.442 y 1.408 y siguientes del Código -- (130). Solución que no comparto. Porque el consentimiento del marido, expreso o tácito, se ha produ-cido o referido a los bienes que administra la mu-jer, a unos bienes concretos. Pero no se ha dado -- para otros bienes diferentes. A lo más que podemos llegar es a admitir las compras en relación con -- los mismos bienes que la mujer administra, por -- ejemplo, maquinaria, abonos, pero eso creo que cae

más bien dentro del concepto y facultades de la misma administración. No nos parece posible extender -- la idea a que la mujer pueda comprar otros bienes -- totalmente distintos, y que entonces del precio -- aplazado de éstos respondan los anteriores, aquellos que el marido le entregó en administración. La cita de los artículos 1.442 y su concordante del -- 1.408 según el que la mujer obliga a la sociedad de gananciales en los casos en que legalmente la puede obligar, no vienen al caso, pues esas son las situaciones anormales del matrimonio, por transferencia de la administración a la mujer, que están fuera de nuestro actual campo de estudio, las veremos en -- otro apartado.

Rodríguez Adrados no admite al parecer esa su--- puesta responsabilidad, ni por enriquecimiento injusto de la masa ganancial, ni de los gananciales -- que administre la mujer con concesión expresa o tácita del marido. Dice llanamente que los demás bienes gananciales, distintos de la cosa comprada, no responden, a menos que medie el consentimiento del marido para la deuda, para la responsabilidad. Ahora bien, ese consentimiento para la deuda puede ser

expreso o tácito. El vendedor que quiera reclamar el precio impagado contra los bienes gananciales, dice Rodríguez Adrados, deberá demandar también, - además de a la compradora, a su marido. "Y el marido -sigue diciendo- solamente podrá adoptar dos -- posturas: o desamparar el bien, permitiendo la --- acción del vendedor, o bien oponerse a esta acción del vendedor: el único fundamento de esta oposi--- ción del marido, sería la naturaleza ganancial del bien comprado, cuya alegación supone la tácita - - aceptación por el marido de la adquisición, con la consiguiente responsabilidad ya de todo el patrimo nio ganancial." (131)

B) Naturaleza de la adquisición efectuada por - la mujer.

De la naturaleza del bien adquirido, de la cosa comprada, en general, se ocupan poco los autores - que vengo citando a lo largo de este trabajo, más- afanados con los problemas de la validez de la com pra y de la responsabilidad de la sociedad de ga-- nanciales.

Para mayor claridad podemos distinguir entre -- compras con precio al contado y compras con precio

aplazado. En ambos casos, no haría falta hacer la aclaración, con dinero que no se justifica sea -- privativo de la mujer.

Compras al contado.-

No ofrecen en realidad problema, visto cuanto - llevamos examinado. Por aplicación del art. 1.407- el dinero se presume ganancial, y por lo tanto se considera efectuada la compra "a costa del caudal-común", por uno solo de los esposos, la mujer. El bien comprado es ganancial, conforme al art. 1401- párr. 1 del C.c.

Calificado el bien comprado de ganancial, aún - debo perfilar dos aspectos: el Notarial y el Regis-tral.

El Notario no tiene por qué negarse a autorizar la compra por la mujer casada, sin consentimiento- del marido, de un bien que se presume ganancial y- con el precio al contado, porque ya he dicho y re- petido y también creo, que demostrado, que el con-- trato o negocio jurídico es en su totalidad perfec- tamente válido. El Notario puede redactar la com-- pra sin obstáculo, conforme a las leyes, tal cual-

exige su legislación. Ni siquiera veo la necesidad de que se considere aplicable el art. 169 párrafo-tercero del vigente Reglamento Notarial según el -cual "cuando se precisare licencia marital y no se justificase podrá otorgarse el documento, siempre-que con ello estén conformes los interesados", aun-que haciendo el Notario la oportuna advertencia ex-presa. No lo considero aplicable, pues tal precep-to se refería a la licencia marital, que o ha que-dado sin aplicación hoy día, al desaparecer ésta,-o se podrá referir si acaso, a cuando sea preciso -el consentimiento del marido (o del otro cónyuge)-para la validez del negocio jurídico; nunca al ca-so que ahora tratamos en que el negocio jurídico -es perfectamente válido.

En cuanto al Registro de la Propiedad entiendo-que la adquisición es inscribible y que debe hacer-se constar conforme a la regla primera del art. 95 del Regl. Hipotecario.

Es inscribible en, sí pues ya hemos dicho que es una adquisición perfectamente válida, a la que no-se opone ningún precepto de la Ley Hipotecaria. -- Tampoco se opone la famosa objeción de que en el-

Registro no puede ingresar actos claudicantes, crea -
dores de situaciones ambiguas subceptibles de inducir
a confusión a los terceros, con mengua para la seguri
dad en el tráfico, porque el acto que se inscribe no
es claudicante, sino perfectamente válido ; la situa-
ción reflejada por el Registro no es ambigua ni indu-
ce a confusión, sino que es perfectamente clara : --
existe un bien comprado, con precio totalmente pagado
y que se proclama de caracter ganancial con lo que pa
ra su posterior disposición hará falta el consenti---
miento de ambos cónyuges exactamente igual que cuando
el comprador hubiera sido el marido.

La compra debe inscribirse conforme al art. 95, nº
1, o sea a nombre de ambos cónyuges conjuntamente, --
sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal.

Cierto que esta regla primera del art. 95, ha pro-
vocado más de una repulsa, por la incongruencia de la
inscripción con el documento o título que se inscri--
be, ya que lo normal es que en la compra aparezca uno
de los dos cónyuges como comprador sin expresar que -
adquiere para sí o para la sociedad conyugal.

Pero con todo es la regla vigente, y la que proce-
de aplicar. No la del art. 94 referida a las adquisi-

ciones que haga la mujer sin licencia del marido, - pues este art. solamente era aplicable a cuando la mujer compraba bienes privativos y lo acreditaba, - pero carecía de licencia de su marido. Artículo -- que parece ha quedado hoy día inoperante. En todo- caso no aplicable al supuesto que ahora tratamos.

Las Resoluciones de 8 de Febrero de 1977 y la - de 11 de Febrero de 1977, de modo expreso declaran que en el supuesto que nos ocupa "la escritura es- inscribible con arreglo al art. 95 1º del Reglamen- to Hipotecario" según palabras de la de 11 de Fe-- brero de 1977.

Compras con precio aplazado.

Si para las compras al contado la cuestión es - clara, la cosa comprada se presume ganancial por - estar hecha a costa del caudal común, o presuntiva- mente común, en las compras con precio aplazado la cuestión ya no es tan clara, pues el precio está - por pagar en todo o en parte.

Conforme al Código civil lo que decide la natu- raleza ganancial o privativa no es la declaración- del adquirente sino la naturaleza ganancial o pri-

vativa del dinero empleado en el pago. Así resulta con claridad respectivamente del art. 1401, nº 1, "a costa del caudal común" y del art. 1396, nº 4, "con dinero exclusivo de la mujer o del marido" -Y ha -- venido siendo largamente aplicado por la práctica y por la Jurisprudencia de la Dirección General de -- los Registros y del Notariado expresiva de que la -- confesión o reconocimiento por uno de los cónyuges, --el marido normalmente-- de que el dinero empleado -- en la compra era parafernial, no basta para dar a la cosa comprada naturaleza parafernial hasta tanto no-- se acredite cumplidamente ese carácter privativo -- del dinero. Por ser materia muy conocida me excuso-- de tratarla.

Lo que decide la naturaleza ganancial o privativa del bien comprado es la naturaleza del dinero empleado.

A los efectos de este trabajo, y concretamente -- en este capítulo y apartado en el que estamos con-- templando las adquisiciones a plazos de la mujer -- con dinero presuntivamente ganancial, según ya hice constar expresamente, no interesa el estudio de las consecuencias de que el dinero empleado en el pago de los plazos sucesivos pueda tener sobre la na-

turalaleza del bien comprado cuando tal dinero resulte ser, de hecho, parte ganancial o presuntivamente ganancial, y parte privativa. Problema que también podría plantearse respecto de las compras realizadas-- al contado.

El problema, tal vez poco estudiado, queda fuera-- de nuestro tema, con todo y ser tan interesante, interés que resulta de la mera indicación siguiente: - Para Sanz Fernández hay que atenerse a la calificación inicial que merezca la compra atendiendo al dinero empleado en el primer plazo (132). Para Cámara-- "la naturaleza de los bienes comprados en parte con-- dinero privativo y en parte con dinero ganancial debe depender de cual haya sido el patrimonio que so-- portó el pago de la cantidad mayor." (133)

Volvamos pues a nuestra hipótesis: la mujer ha empleado dinero presuntivamente ganancial en el pago - hecho a cuenta, o no ha empleado dinero ninguno porque el pago ha quedado totalmente aplazado.

Nuestra calificación se refiere a ese momento de la adquisición y a su inscripción. No entro en el posible cambio de naturaleza por el empleo posterior - de dinero privativo.

En el primer caso, aplazamiento solo en parte, --

creo que la calificación que cuadra al bien es la de ganancial, pues repito que el dinero empleado en la parte pagada es presuntivamente ganancial.

Y creo que debe ser inscrito con tal carácter en el Registro de la Propiedad al amparo de la regla primera del art. 95 del Regl. Hipotecario, por las mismas razones que se han alegado para las compras al contado y que han recogido las Resoluciones de la Dirección General de los Registros. Nada afecta a la cuestión el que haya precio pendiente de pago, pues esta es una cuestión de responsabilidad que no afecta a la validez de la compra y que ha de resolverse según sus propias normas, que ya he indicado antes (Vease págs 271 y sigs). El vendedor podrá resolver la venta cuando así proceda sin que la inscripción en el Registro le haya perjudicado, antes al contrario beneficiado, si tuvo la precaución de garantizar su precio aplazado con condición resolutoria o hipoteca, poniendo su crédito así a salvo de terceros de buena fé. La reventa posterior del bien, puesto que está calificado de ganancial, exigirá, como en --

las compras al contado, el consentimiento de ambos cónyuges. No hay inscripción de situación claudicante ninguna, pues, repito, la compra, que es la que se inscribe, es válida.

En el segundo caso, en el que el precio ha quedado totalmente aplazado, no tenemos base para calificar el bien de ganancial, pues no hay dinero - presuntivamente ganancial empleado. Tampoco hay empleado dinero privativo. No parece a primera vista por eso, que sea posible aplicar el principio básico del Código civil expresado en sus arts. 1401 y 1396 que atribuyen carácter al bien comprado según la naturaleza del bien empleado.

Ante esta situación, creo que caben dos soluciones:

- Suspender la calificación del bien y su inscripción en el Registro hasta que se produzca el pago, al menos del primer plazo.

Creo inaceptable esta solución. Aún podría admitirse, con fuertes dudas, en cuanto a la suspensión de la inscripción. Pero la calificación en sí no puede suspenderse. Si antes de pagar el primer plazo la mujer se muere, habrá que incluir el bien

entre sus privativos o entre los gananciales. Si -- hay reclamación por deudas, concurso o quiebra, -- también.

- La otra solución, ya se comprende, es la de -- calificar el bien inicialmente. Esta calificación -- inicial, en puro Derecho civil, parece ha de ser -- como privativo. No hay desembolso. Pero existe deu da. Económicamente, diríamos que en términos conta bles, existe un patrimonio que en principio es el -- responsable de la deuda y el que ha de sufrir el -- pago. Desde este punto de vista, podría sostenerse que el impacto o efectos en el patrimonio es igual antes que después de pagar: en ambos casos sufre -- el pago. Y como el único patrimonio responsable, -- según antes hemos expresado es el de la mujer, la -- conclusión es calificar el bien de privativo pues -- debe entrar en el mismo patrimonio, el de la mujer que soporta la deuda.

Al hacer esta calificación podría sostenerse -- que se aplican las normas de subrogación real del -- Código civil en sus arts. 1396 y 1401, concretamen -- te la del 1396: la cosa se subroga, no en el dine -- ro, sino en la deuda. Argumento que reconozco dis --

cutible, con referencia precisamente a los privativos, ya que el 1396 emplea precisamente la frase -- "dinero exclusivo". Más defendible sería para la calificación de ganancial pues el 1401 emplea la frase "a costa del caudal común" que es más amplia y -- en donde cabe entender incluido el dinero o la deuda, que también haya de pagarse a costa del ese caudal.

Esta calificación, podría rectificarse luego, si resulta pagado el precio con dinero presuntivamente ganancial. Ya he dicho que no desarrollo este aspecto, con su complicación de que parte del dinero fue se privativo, y parte ganancial, pues nos haría salir del tema:

En cuanto a la inscripción de tal compra con precio totalmente aplazado la consecuencia lógica de -- la calificación hecha sería la de que se inscriba a nombre de la mujer con carácter privativo.

Sin embargo tal inscripción, con tal carácter -- dé bien privativo, es muy dudosa, y me inclino a -- rechazarla. Por lo pronto, en contra de la seguri--dad que debe dar el Registro, recogería una situa--ción imprecisa, que muy probablemente cambiará al --

hacerse posteriormente los pagos. Y sobre todo iría contra la constante doctrina y jurisprudencia de que para inscribir como parafernial un bien hace falta - prueba cumplida de la naturaleza del dinero empleado, sin que basten las declaraciones o confesiones de los cónyuges. Si no basta el doble reconocimiento de ambos cónyuges de que el patrimonio que ha pagado es el de la mujer, menos debe bastar el solo - reconocimiento de la mujer adquirente, de que pagará en el futuro con su patrimonio; y aun ni siquiera eso, cuando la mujer se limite a comprar con precio aplazado y no haga declaración expresa de que pagará con dinero privativo.

De admitir la inscripción a nombre de la mujer y con carácter privativo, daríamos mejor trato en beneficio de la mujer^a/las compras sin haber pagado nada, que^a/las compras habiendo pagado todo y con reconocimiento del marido de ser el dinero propio de la esposa. Solución absurda.

Así pues, aún calificado civilmente el bien comprado con dinero totalmente aplazado, como privativo de la esposa provisionalmente, a efectos del Registro, parece más correcto que la inscripción se -

efectúe con carácter de presuntivamente ganancial - por no acreditarse suficientemente la naturaleza - del pago. La inscripción se debería efectuar, como en los casos anteriores, al amparo de la regla primera del artículo 95 del Reglamento hipotecario, o sea, a favor de ambos cónyuges sin atribución de - cuotas y para su sociedad conyugal.

Tal inscripción no creo deba ser tacharse de im procedente o incongruente con la calificación ci-- vil. Se inscribe la adquisición como presuntamente- ganancial, sin calificar la naturaleza ganancial o privativa que en definitiva, civilmente correspon- da, calificación que harán en su día, los mismos - cónyuges justificando la naturaleza que tuvo el di nero que se empleó en pagar, o un cónyuge y los he rederos del otro cuando se practique la liquida--- ción de la sociedad de gananciales, o en su caso - la Autoridad judicial cuando intervenga.

Inscrito el bien comprado en tales condiciones, nada se opone a que en su día la mujer, o sus here deros justifiquen que el dinero que en definitiva- se empleó fué privativo de ella, y se extienda la- Nota que prevé el artículo 95 del mismo Reglamenu

to, previo cumplimiento de los requisitos reglamentarios que procedan.

Por otra parte la inscripción no altera el régimen de responsabilidad. Como en el caso de haber pagado solamente parte del precio, también del precio pendiente responderá solamente la mujer; y también, ante la reclamación por el precio pendiente, el marido podrá desamparar el bien o defenderlo. - En el primer caso no se extenderá la responsabilidad a los demás bienes gananciales, en el segundo sí. Véase pág. 283 de este trabajo).

C) Efectos que se producen por la adquisición, en cuanto al patrimonio ganancial.

Visto que la mujer casada puede adquirir para la sociedad de gananciales, y en especial efectuar compras, y vista la naturaleza de ese bien comprado, llegamos al último de los problemas propuestos el de los efectos que se producen y las obligaciones que se generan, por la compra, por consecuencia del acto de adquisición.

El efecto, la obligación más importante, ya ha quedado vista : el pago del precio aplazado.

Junto a esa obligación fundamental, se ha seña-

lado después de la reforma que a las compras por la mujer se oponía, entre otras razones, la de que al efectuar la compra, la mujer alteraría por sí sola, por su sola voluntad, el patrimonio común de los esposos. Argumento del que se hace eco Cámara.(134) y también la Resolución de 8 de Febrero de 1.977.

Con más extensión, Sanz Fernández se ocupa del tema y dice que la posibilidad de que la mujer casada alterara la composición del patrimonio ganancial ya existía antes de la reforma de 1.975, pues podía adquirir bienes para la sociedad, según el 1.401, y podía vender los suyos propios, según el 1.387, con lo que alteraba los frutos a percibir, que son gananciales. Lo que ocurría, dice Sanz Fernández, es que entonces existía el fuerte control del marido - mediante la necesidad de la licencia marital, exigida con carácter general por el artículo 61, para adquirir por título oneroso y para enajenar sus bienes.(135)

Creo que en este punto conviene aclarar que la li cencia se exigía para la adquisición de gananciales - por título derivativo, número uno del artículo 1401. Pero no se exigía licencia para las adquisiciones --

originarias del número 2, en especial después de la Ley de 1961, y menos aún se exigía tal licencia para adquirir los frutos de los parafernales, nº 3 -- del 1401, pues ya sabemos que la mujer podía administrar y percibir los frutos de los parafernales -- sin licencia del marido (art. 1.384 del C.c.).

La reforma, al suprimir la licencia marital, ha reducido más todavía el control del marido a las variaciones que la mujer pueda introducir en la compsición del patrimonio ganancial. Ahora la mujer puede sin licencia marital enajenar sus parafernales -- y variar así los frutos o ingresos que tenga la sociedad de gananciales. Puede también, con más claridad que antes, efectuar adquisiciones a título originario, asimismo sin licencia, y puede percibir -- los frutos de los parafernales. Puede, pues, introducir alteraciones en el patrimonio ganancial. Nada se opone, por lo tanto, que admitamos un caso más -- en que también lo puede hacer: las adquisiciones -- por precio. Su admisión es correcta porque no están prohibidas, y porque si antes las podía hacer con -- licencia, es evidente que, suprimida la licencia -- ahora las puede hacer por su sola voluntad, sin --

consentimiento del marido.

La Resolución de 8 de Febrero de 1977, en su -- Considerando nueve dice expresamente "es indudable que puede la mujer modificar la composición del patrimonio ganancial, según se deduce: a) Por los -- bienes que obtenga a través de su industria, sueldo o trabajo -1.401, 2º- para cuyo ejercicio no necesita la licencia de su marido; b) Por los frutos rentas o intereses que procedan de sus bienes parafernales -1.401, 3º-, que pueden dar lugar a entrada de nuevos bienes gananciales; c) Por la enajenación de sus bienes parafernales libremente -1.387- que puede provocar una disminución de los gananciales, al no ingresar los frutos o rentas que ten---drían este último carácter".

Se podrá decir con esta solución que puede ocurrir que con su adquisición onerosa, ya pagada, la mujer pueda haber introducido en el patrimonio ganancial una fuente de problemas y de obligaciones-- un bien que produzca anualmente deficit. Es cierto. Pero diremos con Rodríguez Adrados: "como las que--efectuó el marido". "Y la mujer -sigue diciendo- - tiene otros muchos medios de perjudicar al haber -

ganancial, procurando, por ejemplo, inversiones menos rentables inmediatamente para sus propios bienes, pero con mejores perspectivas de plus valías, o sencillamente, por omisión, dejando de ejercer su profesión, lo que puede hacer con toda libertad". (136)

A dichos ejemplos creo que cabe añadir uno muy importante: la aceptación de una herencia que tenga bienes de más o menos discutible valor, pero de escasas rentas y muchos gastos y conflictos, por ejemplo: la mujer que herede casas de renta antigua, o factorías industriales no rentables.

Lo difícil es, llegado este momento, qué pasa con los gastos y responsabilidades que produzcan los bienes adquiridos. Me refiero, no al pago del precio de la cosa, ni a las deudas hereditarias, - pues de ambas sabemos que no responde la sociedad de gananciales a menos que el marido consienta expresa o tácitamente la adquisición.

Me refiero a los gastos y responsabilidades posteriores: sueldos de productores que tenga la cosa, seguridad social, impuestos, gastos de reparaciones hechas y no hechas, etc. Todo ello cuando -

no ha mediado consentimiento del marido. El estudio de esta materia queda fuera del tema de nuestro trabajo, referido a la capacidad de los cónyuges y no a la responsabilidad de la sociedad de gananciales en general y concretamente del art. 1408 del C.c.

3,2) Facultades de la mujer respecto a los bienes gananciales en las situaciones anormales del matrimonio.

Vistas las facultades de la mujer en cuanto a lo que hemos llamado situaciones normales, nos queda para terminar el capítulo hacer unas indicaciones sobre las situaciones que hemos llamado anormales, porque no es frecuente u ordinario que ocurran en la realidad. Son los casos en que se transfiere a la mujer la administración de los bienes voluntariamente por pacto, o no voluntariamente por ministerio de la Ley o por resolución judicial.

3,2,1) Transferencia voluntaria de la administración a la mujer.

Esta transferencia, por pacto, puede hacerse en-

capitulaciones matrimoniales o después. Nada se opo-
ne a esta transferencia posterior hoy día en que es
tá admitido modificar posteriormente el régimen eco-
nómico matrimonial. (art. 1.315 C.c.)

... Al hablar de administración, nos estamos re-
firiendo a gobierno en su amplio sentido, e inclui-
mos en ella los actos, no solo de estricta adminis-
tración, sino también los de obligación, disposi-
ción y adquisición.

... En el pacto pueden marcarse como tengan por-
conveniente, los contrayentes o los cónyuges, las -
normas de administración, transfiriéndosele a la mu-
jer en todo o en parte, organizando una administra-
ción conjunta, etc.

De no haberse pactado normas concretas, pero sí-
de transferencia en bloque a la mujer de la adminis-
tración, entiende Pérez Sanz que habrán de aplicar-
se las normas del Código Civil para el marido, o --
sea las de los arts. 1412 y sig.(137)

Creo que esa es la solución que resulta hoy del-
art. 1442 del C.c., que no hay razón especial para-
reducirlo en su aplicación a los casos en que la ad-
ministración se haya transferido a la mujer por mi-

nisterio de la Ley o resolución judicial. Sus términos no distinguen: "la mujer en quién recaiga la administración tendrá idénticas facultades y responsabilidad que el marido cuando la ejerce".

En cuanto a la forma, si el pacto es anterior al matrimonio constituirá de por sí un pacto capitular. Si se hace después del matrimonio podrá ser objeto de capitulaciones matrimoniales pero según Sanz Fernández no es necesario; sin alterar propiamente el régimen dice manteniendo el de gananciales, pueden los cónyuges pactar al amparo de la estipulación -- permitida en el art. 59 del C.c. la transferencia a la mujer de la administración de los gananciales y no parece inconveniente que la transferencia sea total o parcial. Añade Sanz Fernández que en tales casos la mujer actuará en nombre propio, como administradora, no como apoderada de su marido.(138)

.. Estimo un tanto dudoso que el convenio posterior al matrimonio no participe de la naturaleza de las capitulaciones matrimoniales. Del contenido de las capitulaciones se ha dicho siempre que en ellas los esposos pueden estipular un régimen especial, o modificar el régimen legal. Creo que pactar ó admi-

tir el régimen de gananciales pero modificar, normas fundamentales del régimen legal, como es quien ha de llevar la administración y gobierno de los bienes, es una clara modificación del régimen legal. Es materia de capitulaciones matrimoniales. Y por más que se le de el nombre de simple convenio, como los contratos son lo que su naturaleza determina, y no lo que las partes contratantes los llaman, el supuesto convenio, parece que debe ser calificado de capitulaciones matrimoniales.

En consecuencia, hará falta siempre escritura notarial (art. 1.321 del C.c.), salvo el excepcional supuesto del art. 1.324 del C.c.

Tanto si la administración a la mujer le ha sido conferida por capitulaciones o por convenio posterior, en ambos casos el marido no puede por su sola voluntad retirar la administración a la esposa (art. 1.256 C.c.). Hace falta un nuevo convenio.

3.2.2) Transferencia legal de la administración a la mujer.

Por contraposición a los casos en que la administración de los bienes del matrimonio se -- transfiere a la mujer de modo voluntario, por -- acuerdo de ambos cónyuges, existen otros casos -- en que se transfiere independientemente de la -- voluntad de ellos, se transfiere porque la Ley -- lo dispone.

La doctrina suele clasificar los casos de -- transferencia de la administración, en dos grupos, por ministerio de la Ley y por resolución -- judicial.

a) Transferencia por ministerio de la Ley.

Se produce conforme al art. 1441 párrafo primero del C.c.; cuando la mujer sea tutora de su marido; cuando se haya pedido la declaración de ausencia del marido y en tanto se acuerde la separación de bienes; y cuando el marido haya sido de--clarado prófugo por la autoridad militar o rebelde en causa criminal. A estos tres casos hay que--añadir otro, ordenado en el artículo 225 del C.c.: cuando el marido sea declarado pródigo.

Examinemoslos brevemente.

1) Cuando la mujer es tutora de su marido.

Es el número 1 del artículo 1.441 del C.c. En su nueva redacción ha suprimido la referencia que antes se hacía al artículo 220 del -- C.c. que defiere la tutela a la mujer en el -- caso de que su marido sea loco o sordomudo. -- Con esta supresión quedan ahora comprendidos -- también los casos en que la mujer sea tutora -- de su marido por causa de interdicción civil -- de éste.

2) Cuando se haya pedido la declaración -- de ausencia del marido y en tanto se acuerde -- la separación de bienes.

Una vez pedida la declaración de ausencia -- del marido, por ministerio de la Ley se reco -- noce a la mujer la potestad de administrar -- los bienes del consorcio. "Declarada la ausen -- cia del marido, la mujer puede continuar en -- dicha administración o bien pedir la separa -- ción de bienes, sin que haya que entender que -- está obligado a esto último, (arts. 189 y --

1432 II C.c.)". Según Pérez Sanz (139). Se puede tratar pues, de una situación transitoria.

Sanz Fernández pone de manifiesto que la redacción actual al emplear la forma impersonal "cuando-se haya podido" en vez de la forma anterior "cuando pida" hace evidente que la transferencia de la administración tiene lugar lo mismo si pide la declaración de ausencia la mujer que si es pedida por otra persona, incluso por el Ministerio Fiscal, ya sea de oficio o por denuncia (140).

3) Cuando el marido haya sido declarado prófugo por la autoridad militar o rebelde en causa criminal. En el texto derogado estos casos quedaban incluidos en el segundo grupo, es decir, era un caso de administración susceptible de limitación por los Tribunales. Hoy día no.

En los tres casos citados el documento que acredita la transferencia de la administración es: cuando la mujer es tutora su nombramiento de tutora con certificación del Registro Civil de la inscripción de la tutela. Cuando se haya pedido la declaración-

de ausencia, el documento judicial que acredite haberse instado la declaración, y por supuesto la propia declaración cuando ya hubiera recaído. En los casos de ser el marido prófugo o rebelde el documento expedido por la autoridad militar o judicial competente en que se haga constar la declaración de prófugo o rebelde.

En estos casos como se ve, y lo mismo en el caso del art. 225 de prodigalidad del marido, en el que para que la transferencia de administración se produzca basta la sentencia firme en que se haya declarado la prodigalidad. En todos ellos, la transferencia de la administración se produce de modo automático, sin precisar documento expreso que transfiera la administración a la mujer. De ahí la razón de separar como hemos hecho estos casos, de los que enseña veremos en los que para que se produzca la transferencia hace falta un documento expreso en que así se dispone.

4) Prodigalidad del marido.

Este caso de transferencia por ministerio de la Ley está ordenado en el art. 225 del C.c., que también ha sido objeto de la reforma de 1975. Así como

en los casos del art. 1441 se transfieren a la mujer "los bienes del matrimonio", en el 225 se dispone que pase la administración de "los bienes gananciales, los de los hijos comunes y aquellos cuya administración se le hubiera conferido en capitulaciones".

Pero esto no quiere decir que no se transfiera en tal caso a la mujer la administración de su dote, pues de modo expreso lo dispone el art. 1443.

El C.c. dedica un art. especial a la transferencia de la administración de la dote: El art. 1443- que aunque modificado en la reforma de 1975 tiene un contenido sustancialmente idéntico al anterior, dice hoy día lo ^{siguiente/} si. "se transferirá a la mujer la administración de su dote en el caso previsto por el art. 225 y cuando los Tribunales lo ordenaren - en virtud de lo dispuesto por el art. 1441, pero - quedando sujeta a lo determinado en el art. 1435".

Lacruz al comentar el derogado art. 1443 decía- que este precepto era de mera recopilación, y que los arts. citados en él, sobre todo el 225 eran mucho más expresivos. La mera transferencia de la administración de la dote es distinta de la restitución

ción, supuesto que el marido pueda volver a hacerse cargo de ella. Y continúan, en cuanto a su disposición y responsabilidad, sujetos a su particular régimen.....(141).

b) Casos en que se transfiere la administración a la mujer de los bienes del matrimonio por resolución judicial.

Conforme el artículo 1441, párrafo segundo del - Código civil, los Tribunales conferirán también la administración a la mujer si el marido hubiera abandonado la familia, o si hallándose totalmente impedido para la administración, no hubiera proveído sobre ella.

A estos casos hay que añadir el que señala el artículo 68, regla 4, según la cual, una vez admitida la demanda de separación o nulidad del matrimonio, - el Juez puede, atendidas las circunstancias del caso, determinar a cual de los cónyuges se atribuye - la administración de los bienes gananciales o de -- parte de ellos.

Aunque todos los casos citados lo son de transferencia judicial, hay una diferencia sensible entre los del 1441 y los del 68. En estos el Juez puede -

acordar la transferencia; discrecionalmente. No está obligado a decretarla, y puede transferir la administración de todos o de parte de los bienes gananciales.

En los casos del 1441 la cosa no es igual. Parece que la transferencia no es discrecional. El Juez ha de decretarla si se dan los supuestos legales. - el Código emplea el imperativo "conferirán". Como - dice Castán, en estos casos del párrafo segundo del artículo 1441, a diferencia del párrafo primero del mismo artículo, la transferencia no es automática, - sino que hace falta una resolución judicial, "por - tratarse de situaciones de hecho que deben ser constatadas por el organo jurisdiccional" (142). El - - Juez, pues, aprecia o no si existen esas situaciones de hecho, y de ahí la resolución judicial. Pero si aprecia que existen, no puede menos de conferir la administración.

En cuanto a si en estos casos el Juez puede limitar esa transferencia; o sea, disponer que no alcance a todos los bienes, dice Sanz Fernández que, no obstante haberse suprimido en la redacción actual - la frase del viejo texto "con las limitaciones que-

estimaren convenientes", "los Tribunales pueden ordenar la transferencia en cuanto sea necesaria para las necesidades de la mujer, del matrimonio o de -- los hijos, y siempre de acuerdo con el interés de -- la familia, y, por tanto, podrán efectuarse solamente respecto a bienes o actos determinados." (143)

No nos parece muy segura esa opinión a la vista del artículo 1442 según el cual "la mujer en quien recaiga la administración tendrá idénticas facultades y responsabilidad que el marido cuando la ejerce". De modo expreso Castán sigue esta opinión, y dice: "¿Es facultad discrecional del Tribunal el -- traspaso de la administración a la mujer?. Parece -- que no, y que tampoco puede imponer limitaciones a las facultades de la mujer." (144)

Comentando esta falta de posibilidad de señalar limitaciones, Fosar Benlloch dice que "era mucho -- más liberal la antigua regulación del Código: en tales casos (se refiere el párrafo segundo del 1442), los Tribunales "podrían" conferir la administración a la mujer, "con las limitaciones que juzgaran oportunas". "Nadie mejor que el juzgador para apreciar, -- caso por caso, el interés familiar necesitado de --

protección en tales supuestos y conferir a la mujer una administración más o menos limitada, según sus necesidades."(145)

El artículo 1441 ha introducido un nuevo supuesto respecto de su redacción anterior: el abandono de familia por el marido. Sanz Fernández considera un acierto esa innovación legislativa.(146)

Veamos brevemente los casos en que la administración se transfiera a la mujer por decisión judicial.

1) - Abandono de familia por el marido.

Lo fundamental aquí es el concepto de abandono.- Según Castán no parece necesario que exista una sentencia penal por abandono, pero sí que será preciso aportar las pruebas necesarias para demostrar el -- abandono.(147). Lo mismo opina Sanz Fernández, que -- añade, además que: no es preciso que el abandono -- sea malicioso, voluntario o consecuencia directa de una conducta desordenada, sino que basta se de una situación en la que el marido, aun por causas no imputables a su voluntad, tenga incumplidos los deberes fundamentales de asistencia familiar; y que el consentimiento de la mujer, aunque elimine la res--ponsabilidad penal del marido, no excluye la posibi

lidad de que pida la administración.(148)

2) - La imposibilidad de administrar.

El Código solamente exige que, de hecho, esté el marido impedido absolutamente para administrar y -- que no haya proveído sobre ello. No exige ninguna -- causa especial que haya llevado a esa situación. Como dice Castán, la causa puede ser cualquiera, en--fermedad, edad, prisión, etc.(149). Lo mismo también Sanz Fernández, quien aclara que el término imposi--bilidad de administrar "no debe ser considerado aná--logo al de incapacidad del marido, sino simplemente al de hallarse impedido por cualquier causa, inclu--so no imputable a él." (150)

En cuanto a en qué consiste el que el marido no--haya proveído a la administración, dice Castán que--esa situación se produce cuando el marido, impedido no ha dejado nombrado un administrador o apoderado. (151). En cambio Lacruz decía, con referencia al --texto anterior que en este punto es igual al vigen--te que "solo se entenderá que el marido ha proveído a la administración cuando en sus previsiones respe--ta la posición de la mujer en el consorcio, de modo que no valdrá el nombramiento de un administrador -

extraño en el patrimonio ganancial, ni, en general, ningún apoderamiento u otra medida que sea depresiva para la esposa" (152)

El término legal "absolutamente" impedido, si--- que lo mismo que antes, por lo que parece válido lo que opinaba la doctrina sobre él, y así Lacruz dice: "La palabra absolutamente pretende evitar que pueda desplazarse a un marido de la administración por -- simple falta de habilidad o fortuna en el manejo de los negocios comunes, o aun de diligencia", porque- "absolutamente impedido para administrar se halla,- en el sentido del C.c., quien, aun conservando en - parte sus facultades, sin embargo no puede desempeñar una administración regular y medianamente diligente" (153).

3) - Admisión de la demanda de separación o nulidad del matrimonio.

La admisión de estas demandas determina que el - Juez, atendiendo a las circunstancias del caso pueda conferir a la mujer la administración de los bienes gananciales o de parte de ellos.

Ya he indicado que este caso de transferencia judicial, a diferencia de los otros dos ya examinados.

es un caso en el que el Juez puede, discrecionalmente transferir o no la administración a la mujer, y transferírsela en todo o en parte.

El artículo 1441 habla de bienes del matrimonio. El 68, al disponer la transferencia, primero habla de los dotales y después de los gananciales.

Respecto de los gananciales expresamente permite que se transfiera la administración de todos o parte. En cuanto a los dotales ordena mantener el régimen anterior a la presentación de la demanda "salvo que el Juez estime conveniente transferir a la mujer la administración de los bienes de la dote inestimada". Es el mismo sistema de discrecionalidad.

A continuación veamos cuales son las facultades de la mujer respecto a los bienes cuya administración se la transfiere.

Como la reforma de 1975 trata de hallar la igualdad de los cónyuges, es lógico que el art, 1442 - - C.c. declare que "la mujer en quien recaiga la administración, tendrá idénticas facultades y responsabilidad que el marido cuando la ejerce". La posición jurídica, de la mujer casada, en estos casos -

en que por imperativo legal o por resolución de los Tribunales, se le traspasa la administración de los bienes comunes, queda totalmente equiparada a la del marido administrador.

Es conveniente aclarar que la transferencia de administración no comprende, en sí misma, la administración de los bienes propios del marido. La mujer solamente administrará los bienes propios del marido cuando dé la circunstancia de que sea tutora de su marido o tenga el carácter de representante de su marido ausente. En estos casos, como dice Sanz Fernández, "la administración es independiente de la de los bienes gananciales, y la enajenación de los mismos seguirá normas diferentes de las del artículo 1.444 y que serán : en caso de tutela, las de los artículos 269,5 y 270 a 272 ; y en caso de ausencia del marido, las de los artículos 185 y 186." (154)

La administración, como ya he dicho, se entiende en sentido amplio, de gobierno de los bienes. Y todo cuanto, en general, he dicho para el marido y sus facultades respecto a los gananciales, se debe entender aplicable a la mujer y los gananciales, --

cuando se le ha transferido la administración. No obstante es necesario hacer unas indicaciones especiales en cuanto a los actos de disposición.

A este efecto es necesario distinguir entre -- los casos en que la administración se haya transferido por alguna de las causas del artículo 1441, y los casos en que la administración se haya transferido por causa del artículo 225 o por causa del artículo 68, regla 4ª.

Administración transferida por el artículo 1441.

Siguiendo la tónica general pretendida por la - Reforma de 1975 de equiparación de los cónyuges, - al igual que se modificó el 1442 relativo a la administración, se ha modificado también el 1444 relativo a los actos dispositivos de la mujer sobre - los bienes del consorcio para reconocer a la mujer las mismas facultades que al marido.

El nuevo artículo 1444 declara "la mujer que administra los bienes del matrimonio en virtud de lo dispuesto en el art. 1441 tendrá las mismas facultades que al marido otorga el art. 1413, y necesitará la autorización judicial prevista en el mismo

para actos de disposición sobre inmuebles y establecimientos mercantiles".

Se trata como dice Castán (155) "de una de las reformas más importantes realizadas por la Ley de 2 de mayo de 1975", porque el antiguo 1444 suponía según la opinión dominante de la doctrina, y en especial de Lacruz "una discriminación injusta para la mujer, a quien se sujeta a la potestad marital en aras a la unidad de acción en el matrimonio, pero, luego, desaparecida tal unidad, tampoco queda libre, como si por naturaleza fuera menos capaz que el varón". (156)

Las diferencias entre el 1444 antiguo y el nuevo son fundamentalmente las siguientes :

El viejo 1444 mezclaba los casos de transferencia de administración con los casos de separación de bienes, lo que producía el absurdo de que en caso de separación de bienes, hecha ya la distribución de los bienes entre los dos cónyuges, la mujer necesitará autorización judicial para enajenar los inmuebles, que le habían correspondido por esa separación. Norma a todas luces arbitraria, y que la práctica y la Jurisprudencia moderó en el sentido -

de limitar la necesidad de la autorización judicial a los inmuebles que habian sido gananciales y se adjudicaban en su lote a la mujer, eximiendo de tal autorización a los parafernales, por entender que no le habian correspondido por la separación ya que le eran propios antes de dicha separación.

El nuevo artículo 1444 confiere a la mujer las mismas facultades de disposición que el marido otorga el art. 1413.

La regla es muy sencilla en su enunciación y el Código se limita a decir que para los actos de disposición sobre inmuebles y establecimientos mercantiles, la mujer necesitará autorización judicial. -- Lógico porque este plus de consentimiento que en los casos normales da la mujer, ahora en que están los términos invertidos, no puede darlo el marido, -- dadas sus circunstancias de ausencia, abandono, -- etc.

Pero la sencillez de la regla origina algún problema y voy a indicar solamente dos.

El primero es el de si la mujer podrá otorgar donaciones. Por supuesto que por sí sola no. Creo que tampoco con autorización judicial. El consentimiento

to que la mujer da en el art. 1413, y que en el 1444 dá el Juez, ya he dicho repetidas veces en este trabajo que es un asentimiento al negocio jurídico que otorga respectivamente el marido o la mujer. No es un consentimiento negocial. En cambio en la donación existe una codisposición, existen dos consentimientos negociales y creo que el del marido no puede ser suplido por la autoridad judicial.

No parece pues que la mujer administradora legal pueda hacer donaciones de gananciales por sí sola, ni aún con autorización judicial.

Parece en-cambio defendible que la mujer pueda efectuar por sí sola las especiales donaciones permitidas en el art. 1415 del C.c., o sea las que se hacen a los hijos comunes para darles colocación o carrera, y las moderadas para objetos de piedad o beneficencia, pues en todas éstas el Código no exige dos consentimientos negociales sino solamente el del marido. Por lo que creo defendible incluir estas facultades en el amplio concepto de administración que entiendo emplean los arts. 1441 y 1442 del C.c., y por tanto atribuírselas a la mujer.

El otro problema es el de si con aplicables a la mujer administradora los párrafos segundo y tercero del art. 1413 del C.c.

Castán dice que "no resuelve el nuevo texto la - duda de si en esta hipótesis serán aplicables, co-- rrelativamente, los párrafos 2º y 3º del art. 1413.

Puede pensarse razonablemente que el legislador no ha querido excluir tal posibilidad, pues la equiparación no ofrece restricciones, y si la norma le - otorga las mismas facultades que al marido, parece- lógico pensar que le acompañen las mismas garantías, y aquí con mayor razón, pues el marido no podrá ser fácilmente testigo de la actuación de su mujer." - (157)

Lo que no nos dice es quien podrá promover las - medidas o impugnar los actos. Es evidente que lo po drán hacer los herederos una vez fallecido el mari- do y por lo tanto podrá tener aplicación la imputa- ción-colación del párrafo segundo del art. 1419 que es, uno de los remedios que vimos para alguno de es- tos casos (veáse pag. 51 y sig.)

Pero en vida del marido es más difícil. Con nues- tro sistema legislativo parece que la actuación del

Juez solamente podrá ser promovida por el Ministerio Fiscal.

Administración transferida por causa del art. -
225 del C.c.

Este precepto establece para caso de prodigalidad la transferencia a la mujer de la administración de los bienes gananciales y dice que "para -- enajenarlos necesitará autorización judicial". Lo primero que resalta es el que emplea el verbo enajenar y no el verbo disponer, lo que con todas las dificultades que tiene el precisar el contenido de ambos conceptos parece que reduce el ámbito de la autorización judicial, y que será necesaria, no para todos los actos de disposición, sino solamente para los más concretos de enajenación.

Pero la cuestión importante está en si la autorización judicial para enajenar es precisa solamente cuando se enajenen inmuebles y establecimientos mercantiles o si es precisa en toda enajenación incluso de muebles.

El problema es delicado, pero si nos atenemos a la letra del art., la autorización judicial es pre

cisa en toda enajenación.

No hace falta encarecer lo gravoso de la norma, y hasta la notable injusticia de que se de ese resultado en el supuesto - que no es el presente - - de que el marido administrador obtenga la declaración de prodigalidad de su mujer : sus facultades de enajenar bienes gananciales quedan enormemente-reducidas.

Administración transferida por causa del art. -
68 regla 4ª del C.c.

El problema en cuanto a la clase de bienes es - el mismo. Y también la solución parece la misma en cuanto a que el art. refiere la necesidad de licencia judicial a todos los bienes gananciales y no - solamente a los inmuebles y establecimientos mercantiles. Ya lo he dicho en otro lugar de este trabajo (véase pag . 264 del tomo I)

Pero además la licencia judicial, según el 68 - regla cuarta, hace falta "para los actos que excedan de la mera administración de gananciales", concepto más amplio que el de actos de enajenación, y que incluso el de actos de disposición.

En todos los casos en que la mujer administra se plantea cual sea su responsabilidad.

Dice Lacruz "la mujer cuando administra, tiene - la misma responsabilidad que el marido, y por tanto compromete sus bienes y los comunes, pero nó los de aquél". En suma no administra la mujer como representante del marido y, por tanto haciendo responsable primariamente al patrimonio de éste (y el común), mientras el suyo propio queda sólo obligado - en los términos de los arts. 1362 y 1385, sino que, jugando ella misma al papel del marido responde con sus propios bienes y los comunes (158). El mismo Lacruz comenta lo que decía García Goyena, comentando este art. "la mujer podrá todo lo que podía el marido, a quien reemplaza.... Responsabilidad. El que - tiene derechos o facultades, tiene también obligaciones y responsabilidad, y no hay ni puede haber - administración sin ella". (159)

Para terminar digamos que las normas sobre transferencia de la administración a la mujer de los -- arts. 1441 y siguientes del C.c. parecen pensadas - en la existencia del régimen de gananciales, y es - lógico por ser éste el régimen legal supletorio de-

derecho común. Pero como dice Garcia Cantero "no debe excluirse la aplicación de esta norma a -- otros regímenes económicos, como puede ser el de comunidad universal, y cualquiera otro en el que existan bienes del matrimonio cuya administra---ción sea transferida a la mujer". (160)

4) Breve indicación sobre la desaparecida licencia marital.-

Parece indispensable en un trabajo que verse sobre materia de capacidad de los cónyuges el tratar de la licencia marital. De no ser por la Reforma - de 1975 hubiera sido preciso tratar esta materia - con cierta amplitud. Pero la supresión de la licencia efectuada por la Ley de 2 de mayo de 1975 quita de gran manera el interés por esta materia.

Por eso me parece más correcto el hacer unas -- breves indicaciones, un breve resumen de cual era la problemática de la desaparecida licencia marital.

4,1.- Concepto.

No ha sido frecuente en los tratados de Derecho Civil el encontrar una definición de la licencia marital. Nuestros civilistas hablan de la existencia de la licencia marital, de su fundamento, de su naturaleza jurídica etc., omitiendo un concepto previo.

Encontramos sin embargo en Lacruz-Albadalejo, -

un concepto claro : la licencia marital "es la expresión de la voluntad del marido de permitir a su mujer la realización de actos determinados, o de todos o parte de los que precisan dicha autorización (161)"

Los mismos autores señalan que ^{sus/}son caracteres ; ser un acto de derecho de familia y no de derecho de la persona ; personalísimo ; incondicional ; revocable ; e irrenunciable.

4,2.- Fundamento.

La mayoría de los autores de Derecho Civil, con referencia al derecho anterior a la Reforma de -- 1975, sitúan el fundamento de la licencia marital en la necesidad de una jefatura familiar y en una posible incapacidad de la mujer.

Este último fundamento, el de la incapacidad de la mujer casada, fué rechazado desde muy pronto, -- por entender que la mujer no devenía incapaz por -- el derecho de casarse. La mujer capaz, tanto lo es antes como después de casada, o viuda. Esto ya lo hemos dicho en este trabajo.

Eliminado este fundamento, la opinión común fué

que el fundamento de la licencia marital estaba en la necesidad de unidad de dirección en el matrimonio, tanto en el orden personal, como en el patrimonial. La licencia marital era un efecto directo del matrimonio.

El matrimonio producía unidad, y esto se diversificaba : en el orden personal, la necesidad de obediencia de la mujer (antiguo art. 57) ; y en el orden patrimonial, la necesidad de licencia marital.

La licencia marital era aplicable por lo tanto - cualquiera que fuese el régimen económico del matrimonio.

Ante a esta opinión, de que la licencia marital tiene su fundamento en el matrimonio y es independiente del régimen económico matrimonial, ha habido quien ha sostenido que la licencia marital es solamente el efecto de la existencia de un régimen económico matrimonial de carácter comunitario, concretamente en nuestro Código civil, del régimen de gananciales, donde tiene su fundamento y su actuación, no debiendo existir en los regímenes de separación de bienes.

Castro fué el primero en sostener esta posición.

Expone primero la posición usual. Rechaza desde luego que la mujer sufra una incapacidad. Y rechaza - así mismo que las restricciones de la capacidad patrimonial de la mujer puedan derivarse directa y es trictamente de la potestad marital. "Lo niega la misma Ley - son sus palabras - ya que admite la coexistencia de la plena autoridad marital (art. 224) y - la dirección económica confiada a la mujer : la administración de los bienes dotales y parafernales, - la de los hijos comunes y la de la sociedad conyugal (art. 225)." (162) Dichos artículos 224 y 225 - del Código civil contemplan el caso del marido declarado pródigo, y en ellos se establece que tal declaración de prodigalidad no priva de la autoridad marital y paterna, pero pasa a la mujer la administración de los bienes que se acaba de decir.

Negado que la licencia marital tenga su asiento, ni en la incapacidad natural de la esposa, ni en la autoridad del marido, Castro tiene que buscar una - razón a dicho instituto, y la encuentra en el régimen económico matrimonial, cuando ese régimen es de comunidad relativa, concretamente en el Código, el régimen de gananciales.

"Las restricciones de la capacidad de la mujer - casada - dice - no corresponden a una condición o - cualidad que por sí sola las produzca (incapacidad - en sentido estricto : condición de protegido), sino de una causa externa impeditiva (limitación de la - capacidad : protección de otra persona), cuyo alcan - ce y subsistencia dependen de la causa de la limita - ción". "El alcance de la capacidad patrimonial de - la mujer depende : a) del régimen de bienes de la - sociedad conyugal ; b) de que el marido, en su ca - so, pueda enajenar y ejerza la autoridad que le co - rresponda". "La capacidad patrimonial de la mujer - es, pues, normalmente limitada, pero variable, pues será más o menos amplia según el régimen patrimo - nial de la sociedad conyugal, y la situación jurídi - ca del marido (capaz, incapacitado, ausente). Las - restricciones impuestas son en favor del marido y - de sus herederos y dependen de la subsistencia de - las causas de limitación." (163)

Y más adelante, repite y completa la idea con es - tas palabras : "En realidad, las restricciones que - impone a la mujer casada el Código, con esa aparien - cia de generalidad que ha extraviado a la doctrina,

hasta hacerle hablar de su incapacidad a la manera que estableció el Código de Napoleón, --- se refieren solo al régimen de gananciales." (164)

Las razones legales de esta posición son, según Castro, la libertad de pacto en las capitulaciones matrimoniales ; y el que solamente el marido o sus herederos pueden pedir la anulación de los actos - realizados por la mujer casada sin licencia, de---biendo haberla obtenido.

Los dos argumentos son fuertes, si bien no están muy explícitamente desarrollados en Castro. La libertad de pacto en las capitulaciones matrimoniales, -dice- permite que la mujer pueda ser la administradora de la sociedad conyugal, con exclusión del marido, como de modo expreso prevé el artículo 59 ; permite también que se imponga la cooperación de la mujer a la administración marital ; y asimismo el que la mujer se reserve el poder disponer y administrar sus propios bienes, como también prevé el Código en su artículo 1.432. En todos esos casos, concluye Castro, es evidente que serán inaplicables las limitaciones de los artículos 59, 61 y - 62. El segundo argumento, el de la nulidad de los actos otorgados por la mujer sin licencia, debien-

do obtenerla, solamente puede ser pedida por el marido o los herederos de éste, solamente lo apunta; no lo desarrolla. Lo utiliza, sin embargo, como demostración de que la mujer casada no era incapaz, ni estaba sometida a prohibiciones legales, rechazando en Nota la doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 10 de Febrero de 1926 (tan citada por otros autores), que habló, con técnica equivocada según Castro, de que la mujer casada estaba sujeta a una -- prohibición de enajenar erga omnes. La mujer casada tenía restricciones por causa de que la Ley protegía al marido y a los herederos de éste, al conceder solamente a ellos la facultad de pedir la nulidad de los actos otorgados sin licencia como establece el artículo 65 del C.c.

Tal es la posición que sostuvo Castro. Completa la exposición que se acaba de hacer, las siguientes consideraciones de Castro : La de que la restricción del artículo 60 antiguo es más bien una -- especialidad de la capacidad procesal, nunca una -- representación legal de la mujer por el marido al modo de los incapacitados (165). Y la de que en el

Código se conservan residuos del caracter imperativo que tuviera en el Derecho castellano el régimen de gananciales, y de envejecidos preceptos de Derecho romano ; y así explica Castro la necesidad de la licencia marital en los artículos 995, 1.053, 893 y 1.716. (166)

A Castro sigue Cámara, primero en su importante trabajo sobre el nuevo artículo 1.413 del Código civil (167); y más por extenso, en un trabajo dedicado a esta materia concreta en los Estudios en honor de Castán. (168)

Lacruz Berdejo, rechaza la tesis de Castro, primeramente (169) y rechaza también los argumentos de Cámara en edición posterior. (170)

No parece del caso el exponer los sucesivos argumentos de Lacruz para rechazar la opinión de Castro; los de Cámara en apoyo de su tesis y rechazo de Lacruz ; y otra vez los de Lacruz manteniendo su postura y rebatiendo los argumentos de Cámara. Resultaría muy prolijo ; rompería la armonía de este trabajo ; y además se trata de una materia que ha sufrido una transformación substancial por causa de la reforma de 1975, que al suprimir legalmente la licencia mari

tal y no modificar el régimen de gananciales parece ha venido a resolver la cuestión negando que la tal licencia tuviera su razón de ser en el régimen de gananciales.

Conviene sin embargo hacer una breve indicación de los argumentos de Cámara, pues nos servirá para enjuiciar mejor la reforma de 1975.

Utiliza Cámara en primer lugar un argumento histórico según el cual los artículos 60 y 61 del Código, en su vieja redacción, que enunciaban de modo general la necesidad de la licencia, eran trasunto de las leyes 54 y 55 de Toro, y estas leyes a su vez establecían dicha licencia en función del régimen de gananciales. Aunque el argumento es bueno, y aunque el nuevo artículo 3 del Código civil ordena tener en cuenta, para interpretar las normas, sus antecedentes históricos y legislativos, resulta difícil interpretar hoy día las Leyes de Toro, y más difícil valorar la influencia de tales Leyes en la interpretación de los preceptos del Código civil, que pueden responder a esas leyes o a otras, o a ningunas.

También examina Cámara una porción de artículos

del Código, aquéllos en los que se recogía la necesidad de la licencia marital para casos concretos, e intenta explicarlos diciendo que en ellos se establecía una intervención del marido para evitar que la mujer perjudicase o comprometiese de algún modo los bienes gananciales ; así, por ejemplo, la enajenación de bienes parafernales (art. 1.387 C.c.) porque sus frutos son gananciales y podían suponer una fuente de ingresos importante. Este examen de Cámara no resulta totalmente claro, porque, de un lado Cámara excluye del fundamento de control por causa de gananciales, ciertos artículos que dice deben ser de aplicación general, es decir, ciertos casos en que la licencia marital debe aplicarse cualquiera que sea el régimen económico matrimonial "en cuanto que comprometen o afectan a la actividad personal de la mujer", y cita los artículos 237 nº 7, 893 y 1.716 que exigían licencia para que la mujer casada ejerza el cargo de tutor, acepte el albaceazgo o el mandato ; exclusión que no se entiende bien, porque esas actividades pueden producir obligaciones y responsabilidades pecuniarias que también sean de cargo de la sociedad de gananciales. Y de otro lado, --

porque asimismo puede producir responsabilidad pecuniaria a cargo de los gananciales la actuación - de trabajo o profesional de la mujer, en el ejercicio de algunas carreras especialmente, y en ningún momento se ha pensado en exigir licencia marital - para esas actuaciones, que de un modo general permitió la ley de 22 de Julio de 1.961.

Otro argumento que desarrolla Cámara es el del artículo 65, según el cual los herederos del marido pueden pedir la nulidad de los actos otorgados por la mujer, sin licencia, en los casos en que debia haberla tenido, porque los herederos del marido tendrán interés legítimo en anular los actos de la mujer a causa de que esos actos hayan perjudicado los gananciales, bienes en los que ellos heredan; pero no tendrán interés ninguno si el régimen es de separación de bienes por lo que en este caso es absurdo concederles tal derecho de impugnación. Luego si el Código les daba ese derecho es porque refería la licencia ~~la licencia~~ solamente al régimen de gananciales.

El argumento más poderoso que utiliza Cámara es el de interpretación finalista de la Ley. Porque es

lo cierto que ningún precepto del Código apoyaba directamente la conclusión de que la licencia marital tuviera su fundamento en el régimen de gananciales. La interpretación finalista, sí que llevaba al parecer a esa conclusión. La interpretación finalista, se decía, es la más correcta puesto que nos lleva a determinar el verdadero mandato contenido en la ley; es la propugnada por el Tribunal Supremo cuando dice que en la interpretación "no ha de atenderse tanto a la observación estricta y literal del texto del precepto legal, como a su indudable espíritu, recto -- sentido y verdadera finalidad" (171); y es la que ordena el citado artículo 3 del Código, después de la reforma de 1974, cuando dispone que las normas se interpreten "atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas" (de las normas).

Enfocada así la cuestión, era fuerte el argumento de Cámara cuando sostenía, como antes había apuntado Castro, que los artículos que establecían con carácter general la licencia marital eran inaplicables a los regímenes de separación de bienes, porque no se concibe un régimen de separación, en el que por definición se quiere que ambos cónyuges ten

gan independencia patrimonial y plena libertad en la administración, adquisición y enajenación de sus bienes, sin mútuas interferencias, no se concibe la coexistencia de un tal régimen con la licencia marital, según la cual la esposa quedaría sujeta de modo casi absoluto a la voluntad del marido en orden a dichas administración, adquisición y enajenación de sus propios bienes. Habría una injusticia evidente, una disparidad de trato legal, inadmisible ante la Justicia, y desde luego no querida por quienes celebraban sus capitulaciones matrimoniales pactando el régimen de separación. Esta independencia patrimonial, por otra parte, no se oponía a la autoridad que debe ostentar el varón como jefe de la familia y que tenía sus aplicaciones concretas en otro orden de cosas (obediencia, domicilio, educación de los hijos, etc..)

La argumentación de Lacruz es la de negar la interpretación histórica, afirmando que los antecedentes de los artículos 59, 60 y 61 son otros - que los alegados por Cámara. Y sobre todo, decir que los preceptos están en el Código, con alcance

general, y que no hay razones para limitar su alcance al régimen de gananciales.

La posición de entroncar la licencia marital con el régimen de gananciales ha vuelto a ser defendida en fecha muy reciente por Puig Salellas. (172)

Puig Salellas reitera lo ya expuesto por Castro y Cámara y dice que, la autoridad marital tenía eficacia siempre en el ámbito personal. Pero no siempre en el ámbito patrimonial donde solamente existe en función del régimen de bienes. En los de comunidad universal, al no haber patrimonios privativos - sino sólo patrimonio común, desaparece el problema de un posible control por el marido de la actividad de la mujer sobre sus bienes. En las comunidades parciales, como la de gananciales, la autoridad marital se proyecta de forma doble, pues de una parte el marido es el administrador de la sociedad conyugal, al menos normalmente, y de otra, con la licencia marital, controlaba la actividad patrimonial de la mujer. En cambio en el régimen de separación de bienes se cierra toda posibilidad de aplicación de dicha autoridad o licencia marital ; "ni hay patrimonio común que reclame la figura de un adminis-

trador, ni hay manera de justificar, precisamente por la carencia de aquel patrimonio común, la mediatización por el marido de la actuación de la mu-jer sobre sus propios bienes, si rechazamos -sigue diciendo-, como debe hacerse, toda idea de incapacidad nacida simplemente del matrimonio." (173)

A estas ideas, ya conocidas, añade un argumento legal importante: el de las Compilaciones forales de Cataluña y Baleares. En ambas se establece, como régimen legal supletorio, el de separación de bienes (art. 7 de Cataluña; art. 3 de Baleares); y en ambas se elimina expresamente la licencia marital (Cataluña, art. 49; Baleares, art. 4). La Compilación de Cataluña es de 21 de Julio de 1960; la de Baleares, de 19 de Abril de 1961. El paso dado por estas Compilaciones, en aquellas fechas, consagrando la autonomía patrimonial de ambos esposos en régimen de simetría y eliminando de forma expresa la licencia marital (para corregir la desviación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que aplicó dicha licencia a esas regiones, de tradicional régimen de separación de bienes), era un paso importante, "y hacia necesario -dice Puig Salellas-

un replanteamiento a nivel nacional de toda la -- teoría de la licencia. Era evidente que si algunas mujeres españolas, en Cataluña y Baleares.... no veían limitada su capacidad de obrar por el matrimonio, ya no era posible seguir pensando que la licencia era un efecto directo de aquél. Y es que entre el matrimonio y la licencia se intercalaba el régimen de bienes de los esposos, del que a veces, como hemos visto antes, se derivaba una posición de control por el esposo de la actividad de la mujer sobre sus bienes privativos." "Si (el régimen de bienes) era de comunidad parcial, la Ley erigía al marido en administrador de los bienes de la sociedad conyugal (artículo 59) y le daba además aquel control, con la licencia, de la actividad patrimonial de la esposa (artículos 60 y 61). Si no había aquella comunidad, por razones obvias, ni había administrador de unos bienes comunes inexistentes, ni tenía justificación aquel control de la actuación patrimonial de la mujer".

Termina Puig Salellas con esta lamentación: "Todo ésto, que era la pura evidencia después de las Compilaciones de Cataluña y de las Islas Baleares,

no tuvo en realidad impacto alguno en la doctrina general, y así autores como Lacruz y Puig --- Brutau, en sus tratados sobre Derecho de Familia publicados en 1963 y 1967, seguían estudiando la licencia como un efecto del matrimonio en sí." - (174)

Una posición intermedia entre la clásica, de derivar la licencia marital del matrimonio, y la sostenida por Castro y sus seguidores, que la derivan del régimen económico matrimonial, es la que sigue Díez Picazo. Dice : "Comoquiera que las limitaciones de la capacidad de la mujer casada están en función del ejercicio de la jefatura familiar y del régimen legal del gobierno de los bienes por el marido, resulta claro que las restricciones desaparecen, no solo al extinguirse el matrimonio sino también en los casos de: 1) Separación judicial de los cónyuges, (art. 73 y - - 1436 y siguientes); 2) Traspaso a la mujer de la jefatura de la familia, hecho que tiene lugar en los casos de incapacitación y ausencia del marido, o cuando el marido estuviese prófugo, declarado rebelde en causa criminal, o absolutamente-

impedido para la administración (art. 1441); 3) - Establecimiento en capitulaciones matrimoniales - de un régimen de gobierno, en todo o en parte, -- por la mujer, de los bienes del matrimonio, hipótesis admitida por los artículos 59-1º y 1315 del Código Civil; 4) Vida independiente de la mujer, - o supuesto de la separación de hecho." (175)

Reconoce el fundamento clásico la Exposición- de Motivos de la Ley de reforma del Código civil- de 24 de Abril de 1958, que abordó el problema -- del matrimonio y de la capacidad de la mujer casa da, y dijo que en materia de capacidad, la Ley en tiende que el sexo por sí solo no puede determi-- nar diferencia de trato jurídico, y por tal causa se introducen algunas modificaciones; pero también es igualmente claro para el legislador que el ma- trimonio puede originar desigualdades "para el me- jor logro de los fines morales y sociales que, -- conforme al Derecho Natural, está llamado a cum-- plir;" y por ello, en la sociedad conyugal, por -- exigencias de la unidad matrimonial" existe una - potestad de dirección, que la naturaleza, la Reli- gión y la Historia atribuyen al marido". Y es cu--

rioso que las mismas palabras se repiten en otra Exposición de Motivos posterior, y más reciente, la de la Ley de 22 de Julio de 1961, la que reconoció a la mujer los mismos derechos que al varón para el ejercicio de toda clase de actividades políticas, profesionales y de trabajo. Ambas Exposiciones de Motivos hacen esas afirmaciones sobre la necesidad de la autoridad marital, como justificante de no suprimirse en ellas la licencia marital.

El Legislador en 1958 y 1961 sigue en la idea de que la autoridad marital es necesaria; y de que la licencia, como manifestación de esa autoridad, se tiene que conservar. Lo que hace más radical, y más extraña, la reforma de 1975 que suprime de pleno la licencia marital.

4,3.- Derecho vigente después de la reforma -
del Código de 2 de Mayo de 1975.

Esta reforma, como acabo de decir, suprime la licencia marital. La Exposición de Motivos dice que las limitaciones de la capacidad de obrar de la mujer casada, "si en otros tiempos pudieron -

tener alguna explicación, en la actualidad la -- han perdido"; que "las normas en que tales limitaciones se contienen no pasan de tener una efectividad predominantemente formal, creadoras de -- trabas en la vida jurídica, sin la contrapartida de una seria protección de los intereses de orden familiar", que "las profundas transformaciones que ha experimentado la sociedad hacen aconsejable y conveniente una revisión del derecho de familia"; y que "importa reconocer a la mujer un ámbito de libertad y de capacidad de obrar en el orden jurídico que es consustancial con la -- dignidad misma de la persona, proclamada en las Leyes Fundamentales".

La Ley de 2 de Mayo de 1975 suprime toda idea de incapacidad de la mujer casada, y de modo directo la licencia marital. Esta reforma, tan fundamental, resulta del cambio de redacción de varios artículos del Código, que paso a enumerar.

Se ha reformado el artículo 1263 para suprimirle el apartado tercero, con lo cual las mujeres casadas ya no figuran en la lista de las -- personas que no pueden prestar consentimiento, --

se borra así toda idea de falta de capacidad.

Se han reformado los artículos 60 y 61, los que establecían la licencia marital, para actos judiciales y para actos extrajudiciales, de modo general; y ahora esos dos preceptos se dedican a regular otra materia, la de los requisitos que los -- emancipados por matrimonio han de cumplir para realizar actos de administración o actos de disposición.

Congruentemente con esta supresión general, se ha ido suprimiendo la necesidad de la licencia en todos aquellos artículos en que se establecía para determinados actos concretos. Así, en el 237 nº 7- que la exigía para ser tutora o protutora; con lo que también puede ser ahora vocal del Consejo de -- Familia, sin licencia, ya que el 298 señala los requisitos para ser vocal por mera remisión a los -- exigidos para ser tutor. El artículo 995, en que -- se exigía para aceptar o repudiar herencias. El -- 1.053, para pedir la partición de herencia. El 893 y el 1716 para ser albacea y mandatario respectivamente. El 1.361 y el 1.387 para enajenar, gravar e hipotecar los bienes dotales inestimados y los pa-

rafernales, si bien respecto de los dotales inest
mados el 1.361 sustituye la licencia por el consen
timiento del marido, en atención, como hemos visto
a la finalidad que cumple dentro del matrimonio -
la dote y también, congruentemente, ha reformado -
el artículo 63, que enumeraba actos que la mujer -
casada podía hacer sin licencia, puesto que ahora-
puede hacer sin ella toda clase de actos jurídicos.
(Inmediatamente después, haré una enumeración más-
detallada de los actos para los que la mujer nece-
sitaba licencia marital).

Por si la mera supresión de la licencia en to--
dos esos preceptos no fuera suficientemente clara,
el Código ha reformado también el artículo 62, el-
que a la vez que declaraba la nulidad de los actos
realizados por la mujer casada sin licencia, cuan-
do debía habarla obtenido, declaraba también la --
llamada potestad de la llave en la esposa, (que ha
pasado, con modificaciones, al artículo 66), y aho-
ra ese artículo 62 proclama: "El matrimonio no res-
tringe la capacidad de obrar de ninguno de los cón
yuges".

Lacruz Berdejo refiriéndose a este precepto di--

ce : "En realidad el precepto/^{no/}era necesario: para-
 que el matrimonio no restrinja la capacidad, bas-
 ta que no se enuncie en la Ley ninguna restric---
 ción. Con igual razón se podría decir que tener -
 hijos o viajar en avión no restringe la capacidad
 del padre o del viajero. Y si se trataba de una -
 explicación histórica, como el matrimonio nunca -
 ha restringido la capacidad del varón y sí la de-
 la mujer, había que decir: el matrimonio no res---
 tringue la capacidad (más propiamente, no condi--
 ciona las posibilidades de actuar) de la esposa",
 (176)

Al suprimir la licencia sin modificar el régi-
 men de gananciales, la Reforma ha significado - -
 fuerte apoyo a la teoría clásica sobre la licen-
 cia marital, que antes he expuesto. Pero, induda-
 blemente los autores que sostenían que tal licen-
 cia marital tiene su razón de ser y su aplicación
 dentro del régimen de bienes de comunidad restrin-
 gida, como el de gananciales, sigue en pie. Y se-
 manifiesta en algunos problemas que han surgido -
 al suprimir la licencia y no reformar los precep-
 tos del Código relativos al régimen de ganancia--

les. Ya los hemos visto.

En cualquier obra de Derecho civil puede encontrarse una lista de los actos para los cuales necesitaba la mujer licencia marital, y de los actos para los cuales no la precisaba. Valga por todas la de Castán, (177) que recoge Gimenez Arnáu, en su reciente Derecho Notarial. (178)

A) Actos para los cuales precisaba la mujer li cencia marital : esto es, actos que la mujer no podía realizar por sí sola.

- Actos judiciales :

1) "Comparecer en juicio por sí, o por medio de Procurador, en general" (antiguo art. 60).

2) "Comparecer en juicio para litigar sobre -- bienes parafernales" (art. 1.387, hoy modifica--- do).

- Actos extrajudiciales :

a) Relativos a derechos reales y de obligación

1) "Adquirir por título oneroso o gratuito" - (art. 61, hoy rectificado).

2) Enajenar bienes y constituir derechos re -- les (art. 61 hoy rectificado).

3) Obligarse en general (arts. 61 y 1.263 modi

ficados).

4) Aceptar el mandato (art. 1.716 II en su versión anterior).

5) Hacer donaciones por contrato (arg. art. -- 624)

6) Aceptar donaciones condicionales u onerosas- (arg. art. 626).

7) Realizar el pago en obligaciones de dar (arg. art. 1.160).

8) Ejercer el comercio (C. de C. arts. 6 a 10, - hoy derogados,) salvo que el marido estuviera incapacitado, ausente, o se hallen los cónyuges divorciados (C. de C. arts. 11 y 12, también rectificad^{os}.)

b) Relativos al derecho de familia.

1) Legitimar hijos por concesión (art. 125 IV - C.c.), (hoy subsiste este art. No ha sido modificado. Porque nunca habló de licencia ni se refirió - en exclusiva a la mujer, sino al "casado").

2) Enajenar, gravar e hipotecar los bienes dotales inestimados (art. 1.361 ha sido modificado, en el sentido de que ahora la mujer no precisa licencia marital, pero sí que precisa consentimiento de

su marido ; ya lo he expresado en otro lugar).

3) Enajenar, gravar e hipotecar los bienes parafernales (art. 1.387, hoy reformado).

4) Obligar los bienes de la sociedad de ganancias por regla general (art. 1.416.)

5) Ser la mujer tutora o protutora (art. 237 - VII, hoy suprimido), o Vocal del Consejo de Familia (arg. arts. 298 y 299). (Citado por Castán pero no por Gimenez Arnau).

6) Adoptar (art. 173) (Citado por Castán pero no por Gimenez Arnau. Sigue vigente, y ya lo hemos examinado, se refiere a ambos cónyuges).

c) Actos del Derecho de Sucesión.

1) Aceptar o repudiar herencias (art. 995 hoy reformado).

2) Pedir la partición de bienes (art. 1.053 hoy reformado).

3) Ser albacea (1.893 hoy reformado).

B) Actos permitidos a la mujer, para los que no se exigía licencia marital antes de 1975.

Actos judiciales :

1) Defenderse en juicio criminal, o demandar o defenderse en pleitos contra su marido (antiguo -

art. 60 C.c.).

2) Solicitar, la mujer que se proponga demandar la separación o nulidad de su matrimonio, las medidas provisionales a que se refiere el art. 67 C.c. o aquéllas otras medidas que para el caso de ser admitida la demanda de nulidad o separación, establecía el antiguo art. 68 (citado por Castán y no por Gimenez Arnau.)

Añade Castro : Exigir el reconocimiento judicial de la obligación del marido de satisfacer "litis - expensas" a la mujer que carezca de bienes propios en los pleitos que contra su propio marido entable. Es el medio de asegurar la libertad de la mujer de actuar procesalmente, dado el poder del marido como administrador de la sociedad de gananciales. --

(179)

- Actos extrajudiciales.

1) Comprar las cosas que por su naturaleza estén destinadas al consumo ordinario de la familia- (antiguo art. 62, hoy comprendido en el nuevo art. 66).

2) Responder de las obligaciones delictuales y las nacidas de hecho de otro o de la Ley.

3) Ejercer los derechos que en los bienes del matrimonio se le otorguen por las capitulaciones matrimoniales (art. 1.315).

4) Exigir la constitución de la hipoteca e inscripción de bienes que el Código impone al marido por razón de dote inestimada (art. 1.352).

5) Administrar los bienes parafernales que no hubiere entregado al marido con este fin, o el precio de los vendidos (arts. 1.384 y 1.390).

6) Ejercer los derechos o cumplir los deberes que le corresponden respecto a los hijos legítimos o naturales que hubiere tenido de otro y respecto a los bienes de los mismos ^{antes/} (art. 63^{II}). Añade Castro: "No solo de los hijos legítimos y naturales, sino tambien "de los hijos naturales no reconocidos, -- (art. 136) e ilegítimos (art. 139) y en general -- respecto a su propia familia (114, 143)" (180)

7) Reconocer hijos naturales (art. 129 ; art. 63 antiguo ;).

8) Constituir dote a las hijas que se casan, -- (art. 1.343).

9) Otorgar testamento desde que cumple catorce años (art. 663) y art. 63 I antiguo).

10) Otorgar poderes al marido, sea para realizar

actos de administración o disposición sobre parafernales o sobre gananciales en los que deba prestar - consentimiento conforme al art. 1.413 (citado sólo - por Gimenez Arnáu).

11) Añade Castro "en la esfera estricta del Derecho de familia, la mujer tiene propios derechos y deberes que ha de realizar con independencia de la autoridad del marido... tiene derechos... respecto a los hijos comunes (arts. 114, 154, 1340, 1343, -- 1409)". (181)

4.4) Forma de concesión de la licencia marital.

La doctrina, la práctica y la Jurisprudencia fueron muy generosas en este punto, admitieron como -- formas de concesión : la licencia en sentido estricto, el poder y la ratificación.

En cuanto al tiempo de otorgarse, la primera forma, la licencia en sentido estricto, se podía conceder - antes de otorgar el acto jurídico la mujer o simultáneamente a su otorgamiento. El poder lo daba el marido para que la mujer obrase en nombre de él, pero se entendía que englobaba una licencia para la - actuación de la mujer en cuanto que ésta en uso del poder, había de comparecer ante Notario, en juicio,

ante organismos oficiales ; evidentemente era otorgado antes del acto jurídico que después realizaba la mujer. La ratificación por el marido, de lo hecho por su mujer sin licencia, como ya su nombre indica, se producía después de haber actuado la mujer.

En cuanto a la materia o contenido de la licencia, se admitía, general, o especial para alguno o algunos actos. Aunque se discutió durante algún tiempo, fué definitivamente admitida la licencia general.

También se admitía la licencia expresa o la tácita.

Dice Lacruz que "fué doctrina indudable del derecho histórico, confirmada por la jurisprudencia que no era necesario que la licencia fuera expresa ni se consignase en un documento, pudiendo manifestarse por actos de cualquier clase siempre que de ellos se dedujera, sin género de duda, que el marido consintió y aprobó las obligaciones contraídas por la mujer" (182). La misma doctrina admitía Lacruz para el derecho vigente cuando escribió estas frases en 1963. A la vez se recoge en ellas la licencia poste

rior al acto, que hemos llamado ratificación y la licencia tácita, no expresada en documento al efecto; el mismo Lacruz nos da las fechas de sentencias que recogen sus asertos.

Tambien Castro dice que "la licencia, como el consentimiento, pueden ser expresas o tácitos" -- (previamente nos ha explicado que la colaboración del marido es de distinto alcance según los casos: cuando la mujer actúa como titular de un derecho propio (parafernales) necesita licencia; cuando la mujer ejercita derecho de la sociedad de gananciales necesita consentimiento). Y sigue diciendo Castro : "El significado de la voluntad marital en la licencia y el consentimiento es peculiar. Los textos legales entienden que éste existe, respecto a una compra, cuando el marido consiente el "uso y disfrute" de los objetos adquiridos por la mujer - (art. 62), o son gastos causados "bajo la tolerancia del marido" (art. 1.362) ; se presume el consentimiento cuando "con consentimiento del marido ejerce el comercio" (art. 7 C. de c.) o no publica que deje de ejercerlo (art. 9 C. de c.) ; "si no consta la oposición del marido" (art. 58 L.C.T.)- o "por el mero ejercicio" de un comercio o indus-

tria (art. 132 L.C. T). Esta configuración de los -
"facta concludentia", de donde se deduce la licen--
cia o el consentimiento, muestra la especial natura--
leza de la intervención o autorización marital. No--
se requiere que el marido muestre querer tal acto,-
ni una conducta que implique necesariamente esa vo--
luntad, ni una aprobación específica de cada acto,-
como provechoso o conveniente, contemplando la capa--
cidad de la mujer, sino que basta con que el marido
conozca el hecho y que su actitud revela que soporta
y no veta el acto de la mujer. (183)

Lacruz comentando el anterior párrafo de Castro -
decía que "había que distinguir cuidadosamente en--
tre los supuestos en los cuales ^{no}/se requiere el asen--
timiento del marido siquiera implícito, sino su sim
ple tolerancia, supuestos taxativamente expresados--
en las leyes, y aquéllos en los que la inactividad--
del marido envuelve una manifestación positiva". --
(184)

La concesión de la licencia no estaba sujeta a -
forma. En todo caso se entendía aplicable la doctri--
na del art. 1.280 y se exigía escritura notarial pa--
ra los casos en que el acto de la mujer se refería-

a los negocios jurídicos contenidos en dicho artículo. Pero, aún en estos casos, la licencia concedida sin escritura notarial, y aún tácita era válida, aunque originase un problema de prueba. De ahí que en el ámbito notarial y del Registro de la Propiedad de hecho fuera precisa la forma notarial. Distinto era el ámbito judicial, ya digo, el problema se convertía en una cuestión de prueba.

Entre las formas de licencia se trata de la habilitación judicial, o licencia judicial supletoria de la marital.

El origen de la licencia judicial se encuentra en las Leyes de Toro (Ley 57). Para evitar el abuso que podría entrañar el gran poder que se daba al marido sobre la persona y bienes de su mujer, se arbitra un medio : solicitar licencia al Juez "para todo aquéllo que ella no podía hacer sin licencia de su marido", el Juez daría la licencia "con conocimiento de causa legítima y necesaria" (Ley 57 de Toro). Parece que tiene un carácter general.

El C.c. recoge esta institución aunque no advierte si tiene carácter general, esto es, si puede solicitarse siempre que el marido se niegue a dar la-

licencia marital, o si tiene un caracter particular o sea limitado a los casos en que el Código civil la menciona, como son, en el art. 60, (en relación con el art. 1.995 L.E.C.) relativa a la habilitación para comparecer en juicio ; en el art. 1.387 para que la mujer pudiera enajenar, gravar, o hipotecar bienes parafernales, si el marido se negaba a darle su licencia ; para aceptar o repudiar herencias (art. 995), y para pedir la partición de bienes de la herencia (art. 1.053).

Por eso la doctrina se preguntó si en caso de negativa injustificada del marido, podría la mujer acudir siempre al Juez para suplir la falta de licencia de aquél, o solo podría acudir en los casos establecidos por el Código civil).

La opinión restrictiva la representan Sanchez-Román y De Diego, citados ambos por Castro (185), y por Castán (186) , no puede extenderse la habilitación judicial a más casos de los establecidos por el Código civil, porque ello iría en contra del principio fundamental de la preeminencia del marido en la sociedad conyugal.

La posición intermedia la representa entre --

otros : De Buen (citado por los anteriores autores), que considera que pese a que el Código civil no estableció una regla general, las distintas disposiciones que permitían acudir al Juez - podían ampliarse por analogía.

La postura permisiva a la vez y la más extendida entre la doctrina actual, está representada entre otros por Mucius Scaevola, Ortega Lorca, Morrell, Borrell, Cossio, Castro etc. (186 bis) consideran que puede generalizarse el principio de intervención judicial.

Castro, apoya su opinión diciendo: "... que - la autoridad marital, en la que se apoya la facultad de dar o no licencia a la mujer, no es arbitraria, sino que ha de ejercitarse en bien de la familia y para protección de la mujer ; lo que implica la generalidad del remedio contra el abuso de la autoridad marital, al negarse el marido arbitrariamente a conceder licencia a su mujer". (187).

Para que la mujer pudiera solicitar la licencia judicial y para que la obtuviera se necesitaba cumplir una serie de requisitos :

a) Que el marido se hubiera negado a conceder la licencia marital, o -como advierte De Castro-

"hay negativa también cuando el marido rehusa la licencia, pero ofreciéndose a representar a la mujer, pues no se puede de este modo despojar a la-mujer de su facultad de actuar por sí misma. S.T. S. 29-x-1910"- (188)

Tenía pues la licencia judicial un carácter supletorio, solo se podía acudir a ella después de-la negativa del marido.

b) Para que la mujer pudiera acudir al Juez se tenía que tratar de un derecho o facultad propio-de la mujer, fuera personal, familiar o patrimo--nial.

c) Era a su vez necesario que la mujer demos--trara lo injustificado de la negativa del marido,

d) La licencia judicial, a diferencia de la marital, dada su naturaleza solo podía darse para - casos concretos y determinados, pues cada vez era necesario que el Juez comprobara la conveniencia-de otorgarla, y era preciso que se concediera previamente la autorización, no cabía una habilita--ción ni simultanea ni posterior al acto.

La Ley permitía a la mujer solicitar licencia-judicial frente a la negativa de autorización ma-

rital indebida; y también le reconocía --según --
Castro- "la facultad de negarse a toda preten---
sión abusiva del marido" y así pone de ejemplo -
"el caso de traslado de domicilio al extranjero-
por el art. 58. La antigua doctrina consideraba-
el caso del marido que se hace vagabundo; tam---
bién cuando el domicilio que se quiera estable--
cer sea peligroso para la salud de la mujer o de
los hijos", (189). Pero en estos casos, es de su
poner que aunque se le permitiera en principio -
negarse a la pretensión abusiva del marido, esta
negativa no podría alargarse en el tiempo si no-
estaba ratificado por la autoridad judicial.

En cuanto a sus efectos, la autorización judi-
cial equivalía a la marital, por eso nos dice La
cruz que "efecto de la autorización judicial es que
la mujer queda habilitada para el acto a que la-
autorización se refiere en los mismos términos -
que si tuviera licencia del marido" (190) y tam-
bién que "la autorización judicial conseguida --
con posterioridad a la realización del acto sin-
licencia puede entenderse como ratificación, - -
pues una vez acreditado que la posición del mari

do no era razonable, no debe éste conservar la acción de nulidad..... ; además la autorización judicial tiene la misma eficacia que la del marido, y por tanto también la convalidante". (191)

4.5) Valor de los actos realizados sin la licencia marital.

El problema de la validez o nulidad de los actos realizados por la mujer casada sin licencia marital, cuando debía haberla obtenido, fué estudiado ampliamente por la doctrina anterior a la reforma de 1975, y precisamente su estudio y su solución fueron uno de los argumentos más fuertes en favor de la tesis de la capacidad de la mujer casada.

Arrancando de más antiguo, la doctrina anterior al Código civil había sostenido que el contrato celebrado por la mujer sin licencia del marido era válido "en cuanto le fuera útil y ventajoso", al igual que se dictaminaba para el celebrado por un menor. Pero la doctrina posterior al Código se separó de esta posición y entendía que los límites impuestos a la mujer, en su actuar jurídico, eran especiales: "no son para su protec-

ción (no es incapaz) ni existen prohibiciones legales (no hay acto ilícito); hay una protección de los intereses patrimoniales (de valor económico) -- del marido, mediante la concesión de la facultad -- de impugnar los actos de su mujer necesitados y -- desprovistos de su autorización". Las palabras entrecomilladas son del Profesor Castro (192) condensan como es costumbre en él, en pocas palabras la posición dominante en la doctrina española; los actos de la mujer hechos sin licencia de su marido -- a pesar de necesitarla no son nulos de pleno derecho, pues la mujer es capaz y no estamos en presencia de prohibiciones legales. Solamente cabe respecto de ellos una impugnación relativa, a instancia de determinadas personas, lo que nos situaba -- en el terreno de la llamada anulabilidad.

La solución dicha resultaba de los viejos artículos 65 y 1.301 del Código civil. Según el 65, -- "solamente el marido y sus herederos podrían reclamar la nulidad de los actos otorgados por la mujer sin licencia o autorización competente". Y según -- el 1.301 en su párrafo quinto, la acción de nulidad, que dura cuatro años, empezará a correr "cuando

do la acción se dirija a invalidar contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente, desde el día de la disolución del matrimonio".

Dicha solución estaba aceptada por la doctrina y puede verse en cualquier tratado de Derecho Civil, como así las Sentencias del Supremo que también aceptó igual posición.

Lo peculiar de esta forma de invalidez, como decía Lacruz, era que no podía ser convalidada por el supuesto incapaz, sino solamente por la persona en cuya protección estaba dada la norma (193)

Resulta pues que podían ejercitar la acción de impugnación :

- El marido. Podría hacerlo durante todo el tiempo que estuviera vigente el matrimonio y durante cuatro años más desde la disolución del mismo. Este plazo del antiguo art. 1301 señalaba en cuanto al marido; solamente el plazo final, pero no el de inicio. Parece evidente que el marido no necesitaba esperar, para impugnar, lo hecho por la mujer, a la disolución del matrimo

nio.

- Los herederos del marido. No podían impugnar durante la vigencia del matrimonio. Solamente después de disuelto, y durante los cuatro años dichos.

No podía pues impugnar la propia mujer, ni la persona con quien contrató. Lo primero fué doctrina y jurisprudencia unánimes.(194). Lo segundo resultaba de la letra del art. 65, y también podía considerarse aplicable el art. 1302 (las personas-capaces no podrán alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron, aunque la mujer no fuera técnicamente incapaz.)

La acción de impugnación había de dirigirse contra la mujer y también contra quien había contratado con ella, porque no era posible decretar la nulidad sin oír a cuantos colaboraron en el acto impugnado, tuvieron en él intervención o puedan tener interés en mantener su validez.

Si los actos realizados por la mujer son simplemente anulables, válidos mientras no se impugnen, resultaba lógica la postura del Reglamento Notarial y el Reglamento de la Ley Hipotecario, que en síntesis permitía a los Notarios autorizar y a los

Registradores inscribir dichos actos otorgados -- por la mujer sin licencia, a pesar de haber debido obtenerla.

Después de muchas vacilaciones, la doctrina de la Dirección General de los Registros anterior a la reforma de 1975 considero que los actos realizados por la mujer casada sin la debida licencia--necesitándola, eran válidos e inscribibles, pero haciendo constar en el asiento -- la falta de li cencia para dejar a salvo la facultad de impugnación del marido o sus herederos y con el fin de -- advertir a terceros de la posible nulidad (R.15 - XII-1933). Con ello, como dice De Castrose les re conocía "la condición de actos presuntamente váli dos" (195)

Esta era la doctrina que recogió el art. 169 - Reg. Notarial de 2-VI-1944, y el art. 94 Regl. -- Hip. de 14 de Febrero de 1947.

Este último art. dice "serán inscribibles los - actos y contratos otorgados sin licencia del marido por mujer casada, pero el Registrador hará cons tar en la inscripción la falta de licencia en los- casos en que ésta fuera necesaria".

Madrid, Agosto de 1.977

NOTAS AL CAPITULO QUINTO

(1) DE CASTRO. "Derecho Civil de España", T II, Vol. 1, pág. 470, ed. 1952.

(2) GONZALO DE LIRIA. "Vecindad civil : consecuencias de su cambio en el orden familiar". Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado, el 31 de Enero 1974. Publicada en los Anales de dicha Academia, pág. 239.

(3) DE CASTRO. "Derecho Civil de España", T II, - Vol. 1, pág. 467, ed. 1952.

(4) SANZ FERNANDEZ. "La situación de la mujer casada en Derecho Civil". Libro-Homenaje a Ramón Ma Ro ca Sastre, Vol. II, pág. 764, 1976.

(5) DIEZ PICAZO Y GULLON. "Sistema de Derecho Civil", Vol. I, pág. 295. 1975.

(6) DIEZ PICAZO Y GULLON, ob. cit. pág. 295.

(7) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 257

ed. 1976.

(8) DE CASTRO. "Derecho Civil de España", T II, Vol. I, pág. 475, ed. 1952.

(9) GONZALO DE LIRIA, ob. cit. pág. 252.

(10) Vease VILLAR ROMERO, en Revista de Derecho Privado. Noviembre 1942, pág. 697 y sigts.

(11) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 858.

(12) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. - 490, ed. 1960.

(13) BURON. "Derecho Civil -- Español", T I, pág. 435.

(14) BONET. "Compendio de Derecho Civil". Derecho de Familia, T IV, pág. 309, 1960.

(15) BORRELL. "Derecho Civil Español", T IV, Derecho de Familia, pág. 397. 1955.

(16) LACRUZ Y SANCHO REBULLIDA. "Derecho de Familia" I, Barcelona 1974, pág. 260.

(17) CAMARA. "La separación de hecho y la sociedad de gananciales". Anuario de Derecho Civil, pág. 35 de la Separata.

(18) Véase entre otros : LACRUZ-ALBALADEJO. "Derecho de Familia. El matrimonio y su economía". - págs. 424 y 431, ed. 1963.

DE CASTRO. "Derecho Civil de España", ob. cit. pág. 623.

CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 2, pág. 615, ed. 1976.

El Tribunal Supremo ha expresado en varios fallos que la mujer está obligada a entregar los frutos al marido. Sentencias de 11 Octubre 1902 ; 27 - Enero 1909 ; 30 Septiembre 1958 y 11 de Marzo 1965.

(19) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 500 y sgs. ed. 1960.

(20) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 861.

(21) Véase cap. IV, págs. 25 y sigs.

(22) LACRUZ-ALBALADEJO. "Derecho de Familia" -
"El matrimonio y su economía", pág. 376. Barcelona
1963.

(23) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 844

(24) CASTAN, "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág.
445, ed. 1960.

(25) PEREZ SANZ "La situación jurídica de la mu-
jer casada, derechos y deberes de los cónyuges". Te-
ma desarrollado en las XIV Jornadas Notariales. Bo-
letín de Información del Colegio de Granada 1976, -
pág. 44.

Reproducido en la Revista de Derecho Notarial -
Julio-Diciembre 1976, págs. 131-246.

(26) SANZ FERNANDEZ, Ob. cit. pág. 844.

(27) LACRUZ. "El nuevo derecho civil de la mujer-
casada", Cuadernos Civitas. 1975, pág. 21.

(28) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 569, ed. 1976.

(29) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 846.

(30) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 843.

(31) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 563, ed. 1976.

(32) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 564, ed. 1976.

(33) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 846.

(33 bis) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, - pág. 562, ed. 1976.

(34) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 843.

(35) CASTAN "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 563, ed. 1976.

(36) LACRUZ-ALBALADEJO, ob. cit. pág. 376.

(37) Decreto 19 Septiembre 1936. Ley 23 febrero de 1940.

(38) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 845.

(39) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 562, ed. 1976.

(40) PEREZ SANZ, Ob. cit. págs. 43 y 44.

(41) LACRUZ. "El nuevo derecho civil de la mujer casada", ob. cit. pág. 80.

(42) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 845.

(43) CAMARA. "Adquisiciones a título oneroso por mujer casada con dinero presuntivamente ganancial". Libro-Homenaje a Roca Sastre, T II, pág. 989. 1976.

(44) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. págs. 871 y 872.

(45) RODRIGUEZ ADRADOS/ "Las compras de la mujer casada". Revista de Derecho Notarial, Abril-Junio - 1975, pág. 533.

(46) RODRIGUEZ ADRADOS. "Las compras de la mujer casada", ob. cit. pág. 538.

(47) LACRUZ ALBALADEJO, ob. cit. pág. 430.

(48) LACRUZ ALBALADEJO, ob. cit. pág. 431.

(49) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 853.

(50) RODRIGUEZ ADRADOS. "Las compras de la mujer casada", ob. cit. págs. 539 a 542.

(51) LACRUZ ALBALADEJO, ob. cit. pág. 435.

(52) CAMARA. "La separación de hecho y la sociedad ganancial", Anuario de Derecho Civil. Separata. 1969, pág. 153.

(53) RODRIGUEZ ADRADOS. "Las compras de la mujer

casada", ob. cit. pág. 544.

(54) SANZ FERNANDEZ, Ob. cit. págs. 909 y 910.

(55) ALVAREZ BEJIGA. "Inscripción en el Registro de la Propiedad de compraventas de inmuebles por mujer casada, sin intervención marital." Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, pág. 770, 1976. nº 515.

(56) CAMARA. "La separación de hecho y la sociedad de gananciales". Anuario de Derecho Civil, 1969; Separata, pág. 150.

(57) CAMARA. "La mujer casada y el Derecho de Sociedades". Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Septiembre-Octubre 1969, pág. 61 de la - Separata.

(58) CAMARA, ob. últ. cit, pág. 95.

(59) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 878.

(60) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. págs. 914 y 915.

(61) RODRIGUEZ ADRADOS. "Las compras de la mujer casada", ob. cit. pág. 545.

(62) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 904, nota 132.

(63) RODRIGUEZ ADRADOS, ob. cit. pág. 443.

(64) CAMARA. "La separación de hecho y la sociedad de gananciales," ob. cit. pág. 169.

(65) CAMARA. "La separación de hecho y la sociedad de gananciales", ob. cit. pág. 170.

(66) PEREZ JOFRE. "La evolución del Derecho de Familia en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges". Ponencias para el XIII Congreso Internacional del Notariado Latino. 1975, pág. 516.

(67) FOSAR BENLLOCH. "Apéndice al estudio La capacidad jurídica de la mujer casada. La Ley 14/1975, - de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código civil y del Código de Comercio sobre la situación de la mujer casada y los derechos y de-

beres de los cónyuges". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Noviembre-Diciembre 1975, pág. 1384.

(68) GARCIA GARCIA. "Algunas consideraciones - acerca de las inscripciones a favor de mujer casada despues de la reforma del Código civil". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Enero-Febrero-1976, págs. 31 y sigs.

(69) RODRIGUEZ ADRADOS. "Las compras de la mujer casada". Revista de Derecho Notarial. Abril-Junio 1975, págs. 433 y sigs ; especialmente págs. 510 y 517.

(70) ALVAREZ BEJIGA. "Inscripción en el Registro de la Propiedad de compraventas de inmuebles por mujer casada sin intervención marital". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. 1976. págs. 757 y sigs.

(71) PEREZ SANZ.. "La situación jurídica de la - mujer casada, derechos y deberes de los cónyuges".- Boletin de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada. Julio-Agosto 1976. págs. 57 y sigs. de la Separata.

(72) SANZ FERNANDEZ. "La situación jurídica de la mujer casada en Derecho Civil". Libro-Homenaje a Roca Sastre, T II, pág. 905.

(73) CAMARA. "Adquisiciones a título oneroso por mujer casada con dinero presuntivamente ganancial".- Libro-Homenaje a Roca Sastre, T II, págs. 898 y sigs.

(74) LACRUZ. "El nuevo derecho civil de la mujer-casada", ob. cit, pág. 77.

(75) COSSIO. Instituciones de Derecho Civil, II, 1975, Pág. 795.

(76) CAMARA, ob. últ. cit. pág. 1006.

(77) LACRUZ. "El nuevo derecho civil de la mujer - casada", ob. cit. pág. 77.

(78) LACRUZ ALBALADEJO, ob. cit. págs. 521 y 522.

(79) COSSIO. "La sociedad de gananciales". Madrid 1963, pág. 96. Corresponde al Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil.

(80) PUIG BRUTAU. " Fundamentos de Derecho Civil" T IV, Vol. 1. págs. 708 y 709. 1967.

(81) LACRUZ ALBALADEJO, ob. cit. pág. 522.

(82) LACRUZ ALBALADEJO, ob. cit. pág. 522.

(83) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. - 378, ed. 1976.

(84) LACRUZ ALBALADEJO, ob. cit, pág. 525.

(85) GONZALEZ ENRIQUEZ. "Responsabilidad patrimonial en el matrimonio". Revista de Derecho Español y Americano. Abril-Junio 1959, pág. 880.

(86) COSSIO. "La sociedad de gananciales", ob. - cit. pág. 97.

(87) PUIG BRUTAU. "Fundamentos de Derecho Civil",- T IV, Vol. 1, pág. 719. 1967.

(88) LACRUZ ALBALADEJO, ob. cit. pág. 522.

(89) PUIG BRUTAU, ob. cit. T IV, Vol. I, pág. -
709.

(90) LACRUZ ALBALADEJO, ob. cit, pág. 522.

(91) PUIG BRUTAU, Ob. cit. T IV, Vol. I, pág. -
709.

(92) LACRUZ ALBALADEJO, ob. cit. pág. 523.

(93) Puede verse un examen más detallado de la-
materia en RODRIGUEZ ADRADOS "Las compras de la mu-
jer casada", ob. cit. págs. 529 y sigs.

(94) CAMARA "Adquisiciones a título oneroso por
mujer casada con dinero presuntivamente ganancial".
Ob cit. págs. 1003 a 1005.

(95) PEREZ SANZ, ob. cit. pág. 62.

(96) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. págs. 955 y 956.

(97) PEREZ SANZ, ob. cit. pág. 62.

(98) PEREZ JOFRE, ob. cit. pág. 515.

(99) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 918.

(100) CAMARA. "Adquisiciones a título oneroso - por mujer casada con dinero presuntivamente ganancial", ob. cit. pág. 1015.

(101) CAMARA "Adquisiciones a título oneroso por- mujer casada con dinero presuntivamente ganancial". ob. cit. pág. 1017.

(102) RODRIGUEZ ADRADOS. "Las compras de la mu- jer casada", ob. cit. págs. 515 y 516.

(103) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 926.

(104) LACRUZ ALBALADEJO, ob. cit. pág. 492.

(105) LACRUZ ALBALADEJO, ob' cit. pág. 493.

(106) LACRUZ ALBALADEJO, ob. cit, pág. 494.

(107) CAMARA "Reflexiones en torno a la capacidad

patrimonial de la mujer casada". En Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor Castán ; Vol. VI, separata, pág. 143.

(108) RODRIGUEZ ADRADOS "Las compras de la mujer casada", oba. cit. pág. 551.

(109) RODRIGUEZ ADRADOS "Las compras de la mujer-casada", ob. cit. pág. 550.

(110) RODRIGUEZ ADRADOS. "Las compras de la mujer casada", ob. cit. pág. 463.

(111) RODRIGUEZ ADRADOS "Las compras de la mujer casada". ob. cit. pág. 464.

(112) PEREZ SANZ, ob. cit. pág. 50.

(113) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 907.

(114) ALVAREZ BEJIGA, ob. cit. pág. 769.

(115) PEREZ SANZ, ob. cit, pág. 50. .

(116) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 907.

(117) RODRIGUEZ ADRADOS. "Las compras de la mujer casada", ob. cit. pág. 466 a 480.

(118) CAMARA. "Adquisiciones a título oneroso por mujer casada con dinero presuntivamente ganancial",- ob. cit. pág. 1007.

(119) RODRIGUEZ ADRADOS. "Las compras de la mujer-casada", ob. cit. pág. 577.

(120) PEREZ SANZ, ob. cit, pág. 58.

(121) ALVAREZ BEJIGA, ob. cit. pág. 785.

(122) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 917.

(123) CAMARA. "Adquisiciones a título oneroso por mujer casada con dinero presuntivamente ganancia1",- ob. cit. págs. 1017 y 1018.

(124) RODRIGUEZ ADRADOS. "Las compras de la mujer

casada", ob. cit, pág. 578.

(125) PEREZ SANZ, ob. cit. pág. 58 y 59.

(126) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 928.

(127) CAMARA. "Adquisiciones a título oneroso por mujer casada con dinero presuntivamente ganancial", ob. cit. pág. 1018.

(128) CAMARA. "Adquisiciones a título oneroso por mujer casada con dinero presuntivamente ganancial",- ob. cit. pág. 1018.

(129) SANZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 928.

(130) PEREZ SANZ, ob. cit. pág. 59.

(131) RODRIGUEZ ADRADOS "Las compras de la mujer - casada", ob. cit, pág. 579.

(132) SANZ FERNANDEZ/ "Los bienes gananciales en - el Registro de la Propiedad". Centenario de la Ley --

del Notariado, sección tercera, estudios jurídicos
varios ; Vol. 1, pág. 310. 1964.

(133) CAMARA. "Adquisiciones a título oneroso --
por mujer casada con dinero presuntivamente ganan-
cial", ob. cit, pág. 1012.

(134) CAMARA. "Adquisiciones a título oneroso --
por mujer casada con dinero presuntivamente ganan-
cial", ob. cit. pág. 1012.

(135) SANZ FERNANDEZ. "La situación de la mujer
casada en Derecho Civil", ob. cit. págs. 928 y 929.

(136) RODRIGUEZ ADRADOS " Las compras de la mu-
jer casada", ob. cit. pág. 552.

(137) PEREZ SANZ, ob. cit, pág. 62.

(138) SANZ FERNÁNDEZ. "La situación de la mujer
casada en Derecho Civil", ob. cit. pág. 877.

(139) PEREZ SANZ, ob. cit. pág. 62.

(140) SANZ FERNANDEZ. "La situación de la mujer casada en Derecho Civil", ob. cit. pág. 889.

(141) LACRUZ-ALBALADEJO, ob. cit. pág. 648.

(142) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. I, pág. 471, ed. 1976.

(143) SANZ FERNANDEZ "La situación de la mujer - casada en Derecho Civil", ob. cit. pág. 891.

(144) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 472, ed. 1976.

(145) FOSAR BENLLOCH. "Apéndice al estudio de la capacidad jurídica de la mujer casada". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Noviembre-Diciembre - 1975, pág. 1396.

(146) SANZ FERNÁNDEZ, ob. últ. cit, pág. 891.

(147) CASTAN "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 471, ed. 1976.

(148) SANZ FERNANDEZ, ob. últ. cit. pág. 893.

(149) CASTAN "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 472, ed. 1976.

(150) SANZ FERNANDEZ, ob. últ. cit. pág. 894.

(151) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 472, ed. 1976.

(152) LACRUZ ALBALADEJO "El matrimonio y su economía", pág. 647.

(153) LACRUZ-ALBALADEJO, ob. cit. pág. 647.

(154) SANZ FERNANDEZ, ob. últ. cit. pág. 897.

(155) CASTAN, "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág. 473, ed. 1976.

(156) LACRUZ-ALBALADEJO, ob. cit. pág. 649.

(157) CASTAN, "Derecho Civil", T V, Vol. 1, pág.

474, ed. 1976.

(158) LACRUZ-ALBALADEJO, ob. cit. pág. 647.

(159) LACRUZ-ALBALADEJO, ob. cit. pág. 647.

(160) CASTAN. "Derecho Civil", T V, Vol. 1, págs. 473 y 474. ed. 1976.

(161) LACRUZ-ALBALADEJO, ob. cit. pág. 203.

(162) DE CASTRO. "Derecho Civil de España", T II, ed. 1952, pág. 258.

(163) DE CASTRO, ob. cit. pág. 259.

(164) DE CASTRO, ob. cit, pág. 263 y sigs.

(165) DE CASTRO, ob. cit. pág. 258.

(166) DE CASTRO, ob. cit. pág. 263.

(167) CAMARA. "El nuevo artículo mil cuatrocientos

trece del Código Civil", Anuario de Derecho Civil. Separata, pág. 22. 1960.

(168) CAMARA "Reflexiones en torno a la capacidad patrimonial de la mujer casada. " Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor Castán, Vol. VI. Separata, págs. 97 y sigs.

(169) LACRUZ BERDEJO Y ALBALADEJO, ob. cit. pág. 185. 1963.

(170) LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA, ob. cit. pág. 117. 1974.

(171) Sentencia de 26 de Noviembre de 1929. Véase la cita de ésta y de otras más en CASTRO. "Derecho Civil de España", T I, editorial Casa Martin de Valladolid,- pág. 393.

(172) PUIG SALELLAS, Conferencia pronunciada el 10 de Abril de 1975. Publicada en la Revista "La Notaría" Abril-Mayo-Junio de 1975.

(173) PUIG SALELLAS, ob. cit. págs. 4 y 5.

(174) PUIG SALELLAS, ob. cit. págs. 9 y 10.

(175) DIEZ PICAZO. "Lecciones de Derecho Civil" I Parte general. Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia 1967, pág. 120.

(176) LACRUZ BERDEJO. "El nuevo Derecho Civil de la mujer casada", Cuadernos Civitas 1975, pág. 51.

(177) CASTAN "Derecho Civil", T I, Vol. II, pág. - 193. 1963.

(178) GIMENEZ ARNAU. "Derecho Notarial". Pamplona 1976, pág. 581.

(179) DE CASTRO "Derecho Civil de España", ob. - cit. pág. 261.

(180) DE CASTRO. "Derecho Civil de España", ob. - cit. pág. 262.

(181) DE CASTRO "Derecho Civil de España", ob. - cit. pág. 262.

(182) LACRUZ-ALBALADEJO, ob. cit. pág. 206.

(183) DE CASTRO. "Derecho Civil de España", pág. 269.

(184) LACRUZ-ALBALADEJO, ob. cit. pág. 208. nota 19.

(185) DE CASTRO. "Derecho Civil de España", T II, Vol. I, Madrid 1952, pág. 270.

(186) CASTAN. "Derecho Civil", T I, Vol. II, pág. 199, ed. 1963.

(186 bis) Ver CASTAN "Derecho Civil", T I, Vol. II pág. 199, ed. 1963 y CASTRO "Derecho Civil de España", T II, Vol. I, pág. 271. 1952.

(187) DE CASTRO "Derecho Civil de España" T II, - Vol. I 1952, pág. 271.

(188) DE CASTRO, ob. cit. pág. 272.

(189) DE CASTRO, ob. cit. pág. 261.

(190) LACRUZ ALBALADEJO, ob. cit. pág. 214.

(191) LACRUZ-ALBALADEJO, ob. cit. pág. 209.

(192) DE CASTRO, ob. cit. pág. 264.

(193) LACRUZ-ALBALADEJO, ob. cit. pág. 216.

(194) Puede verse en LACRUZ-ALBALADEJO, ob. cit.
pág. 216.

(195) DE CASTRO, ob. cit. pág. 264.

CONSIDERACIONES FINALES

INTRODUCCION Y CAPITULO PRIMERO

El Tema de este trabajo de Tesis ha sido elegido por creerlo de gran interés. Siempre lo han tenido todos -- los temas relativos a la capacidad en general, y a la de la mujer casada en particular ; y ese interés ha cobrado enorme actualidad con motivo de la reforma introducida en el Código civil por la Ley de 2 de Mayo de 1975, que afecta a una gran parte de la población activa de la Nación, los casados.

En el trabajo utilizo la expresión "capacidad" en el sentido usual no técnico ; el mismo sentido en que lo emplea la Ley de reforma de 1975, en su Exposición de Motivos, o sea, para expresar lo que una persona, el marido o la mujer, puede o no puede hacer jurídicamente.- Lo que no impide que, cuando es indispensable, señale las diferencias que técnicamente tiene la materia de capacidad con la de las prohibiciones legales y con las cuestiones de legitimación o poder dispositivo.

Es la citada Ley de reforma la que motiva el trabajo. Por eso se ciñe al Código civil y a las variaciones in-

troducidas por la ley de 1975, pues entiendo es la mayor manera de poder hacer un trabajo unitario de conjunto, y que signifique esfuerzo o aportación personal, y no caer en la recopilación de datos -- históricos, de derecho comparado, y de cita de los trabajos innumerables que sobre la materia existen con referencia al Derecho anterior a la reforma de 1975, todo lo cual queda fuera de mi exposición, -- como así también el derecho foral. Por lo mismo, la jurisprudencia recogida en este trabajo de Tesis -- es mínima, pues lo reciente de la reforma, objeto directo del trabajo, produce el que todavía no existan resoluciones jurisprudenciales.

El orden de exposición es el tradicional también, o sea, los efectos del matrimonio en cuanto a las personas de los cónyuges, que amplían su capacidad o que la restringen, y en este segundo aspecto, restricciones comunes a los dos, o restricciones que afectan solamente al marido, o que afectan solamente a la mujer.

En el ámbito temporal, si bien la Ley no entró--

en vigor hasta el 26 de Mayo de 1976, puede sostenerse que una de sus disposiciones, la supresión de la licencia marital, en cierto modo produjo -- efectos antes, puesto que hay quien considera que han quedado purificados los actos de la mujer casada realizados sin licencia en los casos en que fué necesaria ; en todo caso, desde luego cabe la ratificación de tales actos por ella sólo.

En lo territorial, las dificultades para aplicar la supresión de la licencia a Navarra han sido superadas por el Decreto Ley de 26 de Noviembre de 1975, que la suprime para dicho territorio, con lo que la histórica licencia marital ha desaparecido de nuestro Derecho Patrio por completo.

La reforma ha significado un cambio de gran importancia en nuestro Derecho. Ha sido dirigida, a producir una equiparación jurídica entre marido y mujer, y si no lo ha conseguido totalmente, se ha acercado mucho a esa meta. En este trabajo, precisamente, se examinan los logros conseguidos, y los puntos en que todavía no se dá la equiparación, -- que tal vez se termine de conseguir en la anunciada reforma del derecho relativo a los regímenes --

económico matrimoniales.

CAPITULO SEGUNDO

La Reforma del Código civil de 2 de Mayo de 1975, en orden a la capacidad de la mujer casada, más que una ampliación a su capacidad de obrar, ha tenido como idea directriz la de equiparar a marido y mujer, y conceder a ambos igual capacidad. Porque el matrimonio según el nuevo art. 62 "no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges".

Como consecuencia se ha producido en efecto, una ampliación en la capacidad de obrar de la mujer casada respecto a la anterior normativa.

El matrimonio produce unos efectos ampliatorios - en la capacidad de obrar, que son comunes a marido y mujer.

Así podemos señalar la posibilidad de adoptar -- cuando juegan las edades de los cónyuges ; la recíproca comunicación de honores entre cónyuges ; y la emancipación.

Ya antes de la Reforma de 1975 el matrimonio pro-

ducía una auténtica ampliación de la capacidad de obrar cuando lo celebraban personas menores de edad.

Pero después de la Reforma ha variado la capacidad procesal, restringiéndola, en cuanto al emancipado por matrimonio mayor de dieciocho años, pues antes de la Reforma podía comparecer en juicio sin el consentimiento complementario a su capacidad, y ahora no.

La regla actual, de ser necesario el consentimiento complementario para comparecer en juicio, solamente es aplicable en los mayores de dieciocho años cuando el pleito se refiere a actos o negocios jurídicos relativos a tomar dinero a préstamo, o gravar y enajenar bienes raíces, no a los demás casos.

Esta regla se aplica a todo menor de edad, aún mayor de dieciocho años, que está casado, incluso al que cuando se casó ya estaba emancipado por concesión.- Porque es un efecto del matrimonio, no de la emancipación.

Participo de la opinión doctrinal que admite - que en el supuesto del menor de dieciocho años, ca

sado con licencia, el consentimiento complementario para administrar bienes gananciales, lo podrá dar - el otro cónyuge aunque no tenga veintiun años, pero sí dieciocho años ; porque si éste puede adminis---trar por sí solo, podrá dar el consentimiento necesario para los actos de administración de su cónyuge necesitado de él.

En una futura reforma del Código civil debiera - desaparecer la sanción del régimen de separación de bienes impuesto que establece el artículo 50, lo -- que tal vez llevaría a suprimir una de sus causas,- la necesidad de licencia para contraer matrimonio.- Pero aún admitiendo la necesidad de dicha licencia, y admitiendo también que se mantengan otras sanciones del artículo 50, debería desaparecer desde luego la de imponer el régimen de separación legal a - los casados sin licencia.

Resulta de muy dudoso acierto la nueva regla contenida en los artículos 60 y 61 del Código civil señalando diversas personas, según la naturaleza de - los bienes, para dar el consentimiento complementario de la capacidad del emancipado por matrimonio.-

De una parte, no siempre es fácil calificar la naturaleza privativa o ganancial de los bienes. Y de otra, debiera evitarse el que personas ajenas al matrimonio se inmiscuyan en la administración y gobierno de sus asuntos económicos.

CAPITULO TERCERO

Si en el capítulo anterior hemos visto los efectos del matrimonio que significan ampliación y son comunes a ambos cónyuges, en el presente capítulo se trata de los efectos que por el contrario significan restricción y que también son comunes a ambos cónyuges.

La materia de este tema no es propiamente de -- restricciones a la capacidad de obrar de los cónyuges, sino efectos restrictivos derivados del matrimonio.

Se divide en dos grandes apartados.

A) Restricciones nacidas de la voluntad de los cónyuges manifestada en capitulaciones matrimoniales.

No se trata de examinar qué pactos pueden en ge

neral establecerse en capitulaciones o qué pactos son los que prohíben esos artículos del Código civil. Solamente indico algunos de los pactos que intenten establecer o establezcan limitaciones a la capacidad de obrar jurídica de alguno de los cónyuges.

- El levantamiento de las cargas del matrimonio como obligación de uno solo de los cónyuges.

Si el régimen matrimonial es de separación de bienes, creo podría admitirse, pero siempre teniendo presente unos límites : los derechos de los acreedores, y los alimentos entre parientes.

Si el régimen es de gananciales, no parece posible el pacto.

- El pacto de pasar una pensión, un cónyuge a otro.

En régimen de separación : podría ser posible si se la dota de causa onerosa, ya que están prohibidas las donaciones entre cónyuges.

En régimen de gananciales : no es posible, por estar prohibidas en tal régimen las compraventas además de las donaciones entre cónyuges.

- Se pretende establecer una distribución de ganancias en forma distinta a la establecida por el Código civil. No parece posible admitirlo pues se trata de norma imperativa.

B) Restricciones nacidas directamente de la Ley.

1) La sanción que en algunos casos existe de separación impuesta de bienes.

El art. 45 del Código civil impone una restricción común a la capacidad, pues los cónyuges no pueden pactar al casarse ningún régimen, sino que quedan sujetos a la separación de bienes.

Ya he dicho antes que tal vez fuera conveniente que desapareciera esta sanción. Mientras tanto, creo, que se puede aplicar el art. 1320 y los cónyuges, - cumplidos ciertos requisitos, modificar después de - casados el régimen legal impuesto.

2) Separación de bienes como consecuencia de la separación judicial de personas.

Hay que distinguir entre los matrimonios canónicos y los matrimonios civiles. En los primeros no se produce automáticamente, y en los segundos sí, la separación de bienes como consecuencia de la separa---

ción de personas.

3) Ninguno de los cónyuges puede fijar unilateralmente su domicilio.

La obligación de vivir juntos (art. 56) se cumple en el domicilio conyugal. Tal vez hoy día convendría admitir el pacto por el que los cónyuges pudieran establecer domicilios diferentes.

4) Ninguno de los cónyuges puede obrar en contra del interés de la familia, y ambos se deben respeto y protección recíprocos.

Desaparece en la reforma el viejo art. 57 y con él la autoridad del marido y el deber de obediencia de la mujer.

Desaparecida la autoridad marital, la unidad de vida que supone el matrimonio es difícil que pueda mantenerse. Parece que el Código civil piensa en el interés de la familia como norma orientadora.

Pero falta por resolver quien decide la actuación cuando no hay unidad de criterio.

La reforma de 1975 ha supuesto un avance para la mujer casada. Sin embargo algo queda todavía de

la supremacía del hombre : en cuanto que ostenta la patria potestad y en cuanto que decide el domicilio al estar atribuida esta facultad a quien ejerce la patria potestad.

Pero en realidad estas son dos manifestaciones - de jafatura familiar, más que de autoridad marital.

Queda un hecho en el si se ve la supremacía del hombre casado : en principio es el que gobierna la sociedad de gananciales. Sobre ésto volveremos más adelante.

5) Cada cónyuge queda sujeto a lo que el otro hace en ejercicio de la "potestad de la llave".

Según el nuevo artículo 66 ambos cónyuges ejercen la denominada potestad doméstica por imperativo legal. Ninguno puede revocar ni limitar al otro esta facultad, que es de existencia y contenido legal.

El art. 66 lo que no hace es establecer qué bienes quedan afectos como consecuencia del ejercicio de esta legitimación legal y si los acreedores pueden contratar con un cónyuge y dirigirse contra el otro.

Creo que una solución podría ser la siguiente :

- De los actos o negocios jurídicos de un cónyuge en uso de su potestad doméstica, responden también los bienes del otro cónyuge, por una serie de razones, entre otras porque siendo iguales actos - es absurdo que la mujer pudiera obligar al patrimonio del marido y éste no al de la mujer ; y por -- la naturaleza jurídica del art. 66. Es una facultad legal concedida a ambos cónyuges solidariamente. Lo efectuado por uno afecta al otro, luego los actos del marido afectarán a los bienes privativos de la mujer y viceversa.

- Los acreedores deberían poder dirigirse contra cualquier bien de cualquier cónyuge pues a facultad legal indistinta corresponde responsabilidad indistinta. Sin perjuicio de que en el orden interno los cónyuges hagan sus cuentas, y sea responsable el patrimonio de aquél que esté obligado por pacto, o por consecuencia de la aplicación de los arts. 1421, 1422 y 1423.

6) Limitaciones producidas al ser admitida la demanda de nulidad o de separación del matrimonio.

El nuevo artículo 68 es un paso en la equipara-

ción entre marido y mujer, en cuanto que la primera parte del párrafo primero del nº 4 a diferencia de lo que ocurría en el antiguo artículo 68 concede a cada cónyuge la administración y disposición de sus bienes privativos.

Por el contrario, supone un grave entorpecimiento al añadido de la segunda parte del párrafo primero del nº 4 : "Se entenderán revocadas las facultades que uno de ellos hubiese otorgado al otro".- Altera la situación de apoderamientos ; parece que no se podrá pactar en contrario en las capitulaciones matrimoniales ; pero sí que se podrá, una vez producido el hecho, otorgar nuevos poderes.

El párrafo 3 del nº 4, determina a qué cónyuge, concederá el Juez la administración de los bienes-gananciales. El problema viene en el párrafo 4 que establece que "será necesaria licencia judicial para los actos que excedan de la mera administración de los gananciales cualquiera que sea el cónyuge - que los administre." .

Los cónyuges ven limitada su capacidad de obrar en cuanto que es el Juez el que decidirá a su prudente arbitrio cual de ellos es el que va a administrar los bienes gananciales.

Como el párrafo 4 no distingue parece que se aplicará tanto a bienes mueble como inmuebles, con mayor alcance por lo tanto que en el art. 1413 del Código civil.

7) Ningún cónyuge puede sin consentimiento del otro legitimar hijos por concesión real.

Limita el artículo 125 la capacidad de obrar del casado en cuanto que exige el consentimiento del otro cónyuge para legitimar hijos por concesión real.

Como los efectos que produce esta legitimación no son los de la legitimación por subsiguiente matrimonio, sino otros más reducidos, los del reconocimiento del hijo natural, tal vez fuera conveniente suprimir este requisito de la necesidad del consentimiento del otro cónyuge para legitimar hijos por concesión real.

8) Ningún cónyuge puede adoptar sin consentimiento del otro.

El consentimiento del cónyuge no es problema de capacidad, pues el adoptante es capaz ; es un requisito que se exige, no para proteger al adoptante, si

no al cónyuge del adoptante. Es una prohibición legal.

9) Los cónyuges no pueden celebrar entre sí algunos contratos.

Aunque haya unidad de vida, no hay unidad de personas, por ello los cónyuges pueden contratar entre sí.

Sin embargo, hoy día, hay algunos contratos que están prohibidos.

a) Donaciones : arts. 1334 y 1335.

Tal vez convendría en una futura reforma del Código civil suprimir esta prohibición, porque el fundamento que siempre se ha dado de impedir el abuso del fuerte sobre el débil, está hoy fuera de lugar ; y -- además tanto en legislaciones extranjeras como en algunas legislaciones forales se permiten con más o menos amplitud y no ocurren las perniciosas consecuencias que se pensaba. El otro fundamento, de que la donación supone una facilidad para burlar a los acreedores, tampoco es fuerte, porque éstos tienen sus medios para protegerse : rescindiendo la donación (art. 1297).

Si se suprimiera el art. 1334 y se permitieran las donaciones entre cónyuges, se tendría que suprimir --

también el artículo 1335.

En tanto no se supriman estos artículos resulta necesario examinar numerosos actos jurídicos para determinar si contienen liberalidad.

b) Compraventas : artículo 1458.

Se admiten cuando entre cónyuges rige el régimen de separación. No cuando el régimen es el de gananciales.

Los fundamentos aducidos por la doctrina para que exista esta prohibición no son muy consistentes, en parte, porque después del año 1975, han desaparecido, como la derogada licencia marital; o debieran desaparecer, como la prohibición de donarse ; y en parte porque creemos que los terceros acreedores tienen sus propias acciones para defenderse. Por todo ello bien podría pensarse en que desapareciera esta prohibición en alguna próxima reforma del Código civil.

c) Sociedades entre cónyuges : artículo 1677.

Se entiende aplicable la prohibición de este artículo a los cónyuges. Como se refiere a contratos

de sociedad universal, a sensu contrario debieran considerarse válidos todos los contratos de sociedades particulares, civiles o mercantiles entre cónyuges. Sin embargo la Dirección General de los Registros rechaza las sociedades de Responsabilidad Limitada entre cónyuges solo, por la falta de autonomía de la mujer, la prohibición de modificar el régimen económico, la posibilidad de que se produzcan donaciones entre cónyuges y porque ^{/separado dentro del patrimonio/} se crea un patrimonio/ganancial, lo que atenta al principio de la responsabilidad universal establecido en el artículo 1911.

Desaparecidas las dos primeras razones indicadas ; siendo inadmisibile el tercer argumento (la liberalidad se puede producir por muchos medios, y los perjudicados tienen cauces legales de impugnación) ; y siendo también incorrecto el último argumento del patrimonio separado, puesto que se crea una persona jurídica, la sociedad con patrimonio propio, creo debe admitirse ya, sin necesidad de reforma legal, la posibilidad de que los cónyuges celebren entre sí contratos de sociedades mercantiles, siempre si interviene un tercero e incluso aunque no intervenga cuando --

los bienes aportados por los cónyuges no sean únicamente gananciales. (Claro es que en las sociedades anónimas se precisa de un tercero siempre).

d) La prohibición, hoy derogada, de alterar el régimen económico matrimonial mediante contrato posterior.

La posibilidad introducida por la reforma de -- 1975 de que los cónyuges celebren capitulaciones matrimoniales alterando el régimen que tuvieran -- hasta el momento, plantea numerosos problemas, de los que en estas Conclusiones quiero indicar los -- siguientes :

- En cuanto a capacidad, la exigencia del 1.320 de que, siendo menores, intervengan las personas -- que deban dar consentimiento para el matrimonio es correcta. No es un olvido de que esos cónyuges ya -- están emancipados por matrimonio, pues no se trata de que celebren nuevo matrimonio (para lo cual -- ciertamente no necesitarían consentimiento de na -- die a tenor del 45, 1º) sino de que celebren un -- contrato de capitulaciones. Para este contrato necesitan el complemento de capacidad.

- La posibilidad de aplicar la regla de la variabilidad al régimen legal impuesto por el artículo 50 del Código civil. Frente al argumento de que si se admite la variación por capítulos, la sanción -- que implica sería ilusoria, entiendo que debe admitirse tal variación por medio de capitulaciones, -- siempre que haya desaparecido la causa legal de la sanción o el interés que la Ley protege. Por tanto, con referencia a los tres párrafos del artículo 45, se puede concluir que es posible el otorgamiento de capitulaciones : tratándose de menores que se casaron sin licencia, una vez alcanzada la mayoría de edad o la licencia ; si se trata de una viuda, una vez aclarada la cuestión de la prole ; y si de tutor, una vez se aprueben las cuentas de la tutela. En todo caso, pues, se daría eficacia a la letra -- del artículo 1.320, que habla de modificar el régimen económico, convencional o legal.

- El contenido de estas capitulaciones de modificación tiene los mismos límites que las que se celebran antes del matrimonio, o sea los de los artículos 1.316 y 1.317. Pero además, otro muy importante, el de la prohibición de donaciones entre cónyuges --

del 1.334. Esto sugiere alguna reflexión respecto a algunos de los pactos posibles :

A) Pacto de separación de bienes, existiendo previamente el régimen de gananciales. Las dudas de si los cónyuges pueden practicar la liquidación y adjudicación de la masa gananciales, por no estar el caso previsto en los artículos 1.417- y 1.434, deben ser superadas afirmando que los cónyuges pueden realizar tal liquidación y adjudicación, pues dichos artículos no contienen una enumeración de casos exhaustiva, y a igual razón- (entrada en vigor de un régimen de separación) debe corresponder igual solución (práctica de la liquidación y división de la masa ganancial previa).

En tanto no se practiquen esas operaciones, y una vez convenido el régimen de separación, la masa de bienes gananciales se convierte en una masa común, que se rige por las reglas de la comunidad, no por las reglas del extinguido régimen de gananciales : administración, disposición y enajenación por unanimidad, ya que en cuanto a la administración no será posible aplicar la regla de mayoría del artículo 398 del Código civil.

En la práctica de esas operaciones será posible, en principio, la renuncia de un cónyuge a los gananciales, pues la renuncia en sí misma, no es donación. Puede que en el patrimonio no haya más que -- deudas. Pero de hecho, será difícil admitir una renuncia que no implique una liberalidad al otro cónyuge, prohibida por el artículo 1.334.

B) Pacto conviniendo el régimen de gananciales - existiendo previamente el de separación. No ofrece dudas su admisibilidad y puesto que han de quedar - las respectivas masas de bienes privativos de los - cónyuges, convendrá hacer inventario si la titularidad de los bienes no fuera clara.

C) Pacto de comunidad absoluta. La comunicación- actual de los bienes que tengan los cónyuges en ese momento, por considerarse donación entre ellos, impedirá el pacto, que queda viable solamente en los- casos en que los cónyuges no tengan bienes de pre-- sente.

D) Pactos de varios regímenes. No es admisible - si se pretenden con carácter simultáneo. El matrimo

nio solamente pueda estar sujeto, en un determinado momento, a un solo régimen, no solamente porque el artículo 1.320 emplee el singular (.." el régimen económico"...) sino por la confusión que supondría la coexistencia de dos regímenes. Parece, en cambio, posible que se pacte la sujeción a varios regímenes, sucesivamente, conforme transcurran plazos o se produzcan hechos futuros (tener hijos). Pero -- siempre, con la debida publicidad y con tal de que no busquen los cónyuges un resultado prohibido -- por la Ley, pues entonces nos encontraríamos ante -- un caso de fraude de Ley.

10) Otras supuestas restricciones comunes.

a) Incapacidad por prodigalidad.

Ha variado el artículo 225, que solo se aplicaba al varón, y hoy día al utilizar la palabra "cónyu--ge" se aplica a marido y mujer, con lo que se ha -- producido una situación que critica parte de la doctrina : declarada pródiga la esposa, el marido para enajenar cualquier clase de bien, necesita autorización judicial.

Convendría una futura aclaración, en el sentido de que solo se exigiese la licencia judicial en los

supuestos del artículo 1413, pues lo contrario supone un entorpecimiento para el tráfico jurídico.

b) Se señala como restricción la de que ningún cónyuge puede disponer por donación en cuantía que perjudique la legítima del otro cónyuge.

La cuantía dependerá del número de herederos forzosos y del número de bienes a la hora de la muerte. Como es imposible predecirlo, se admite la donación, no hay restricción directa de capacidad pero existe la posibilidad de que sea reducida, en su momento, por inoficiosa.

En igual sentido existe la limitación de que nadie pueda disponer por testamento sin tener en cuenta aquella limitación.

En resumen: El fundamento de estas restricciones está en las exigencias de la comunidad familiar que se ha creado.

El hecho de que se produzca o no la restricción, en la mayoría de los casos, depende de hechos futuros.

Por lo que resulta dudoso afirmar que son restricciones a la capacidad de obrar. En muchos casos

el acto en sí será válido ; solamente se verán reducidos sus efectos. Por eso más que hablar de restricciones a la capacidad de obrar podría hablarse de reducciones en los efectos de determinados actos inicialmente válidos.

Para que no se considere olvidado, cito el artículo 995, que ha pasado de ser una restricción a la mujer casada, a ser una restricción al "cónyuge". - Su estudio queda fuera de este lugar. Baste con señalar que este precepto supone una reducción en el campo patrimonial al que alcanzan los efectos de la aceptación de herencia. Pero la aceptación en sí -- misma es válida, y no existe en cuanto a ella ni para la mujer ni para el marido, restricción de capacidad.

CAPITULO CUARTO

Vistos los efectos comunes del matrimonio que -- afectan por igual al marido y a la mujer, en este -- Capítulo se examinan los efectos del matrimonio que afectan solamente al marido.

Estos efectos se han considerado siempre de ca--

racter ampliatorio de su capacidad. Se consideraban como tales :

- Tener la autoridad marital (desaparecido después de la reforma de 1975).

- Tener la representación en general de su mujer (también desaparecido después de la reforma).

- Decidir con su vecindad civil la de su esposa. (Vigente. Lo veremos en el capítulo dedicado a la mujer).

- Tener la administración de los bienes de la sociedad conyugal.

La administración se concede al marido en los artículos 59 y 1412 del Código.

El contenido del artículo 59 no es exactamente el mismo que el del artículo 1412, pues éste se refiere exclusivamente al gobierno de los gananciales, mientras que aquél se refiere al gobierno de la sociedad conyugal, sea cual fuere el régimen económico bajo el que estuviessen casados los cónyuges. Por eso se podría decir que el marido es el que, sea cual fuere el régimen patrimonial de los cónyuges, señala el nivel de vida.

El principio general del artículo 59 tiene unos-

límites : que son, que se hubiera pactado que la administración corresponde a la mujer ; y el supuesto del art. 60, respecto al menor de dieciocho años, emancipado por matrimonio (ya visto).

Tal vez en una futura reforma del Código civil, convendría o bien que se señalase un contenido claro y concreto al artículo 59, o bien que sencillamente se suprimiese.

De la administración del marido respecto a sus propios bienes poco hay que decir : es el dueño y administrador con plenas facultades, trato más bien de la administración respecto a

1) Los bienes parafernales.

El marido administra los bienes parafernales por voluntad de su mujer bien por su entrega hecha en escritura pública o capitulaciones matrimoniales, bien como resultado de un mandato expreso o tácito.

Además el marido interfiere en la administración de los bienes parafernales sin consentimiento de su mujer, aún diría que en contra de su consenso : en cuanto que administra frutos de los parafernales

que son gananciales.

Deslindar las facultades de uno y otro no es tarea fácil. Desde el punto de vista del marido podemos resumir : El marido no puede coartar la libre decisión de su mujer en cuanto a su modo de administrar.

No puede exigir la entrega de la totalidad de los frutos de los bienes parafernales, sino solo los resultados líquidos.

La mujer puede transformar parte o todos los bienes parafernales, con lo cual puede reducir el capital con que cuenta el marido para sostener la familia, ya que son menos cuantiosos los frutos.

El marido tiene derecho a percibir esos resultados líquidos de la administración de su esposa, aún contra su voluntad, pero con la limitación del artículo 1385 del Código civil.

2) Administración respecto a los bienes dotales.

- Respecto a la dote estimada : el marido es el propietario administrador.

- Respecto a la dote inestimada : tiene la administración y el usufructo. La gobierna con el criterio de un diligens-pater-familia. Su derecho deber tiene-

un caracter sui-générís de tipo familiar.

a) En cuanto a la administración : art. 1357.

Los actos jurídicos de administración los realiza el marido por sí solo, y la mujer debe abstenese de toda ingerencia en la administración de la dote.

Las facultades de administración del marido exceden de las de un administrador normal.

Sobre si es posible el pacto por el que se prive al marido de la administración : hoy día despues de la Reforma del año 1975 parece que si es posible.

b) En cuanto al usufructo.

Los frutos de la dote, habiendo sociedad de gananciales pertenecen a ésta ; en caso contrario pertenecen al marido para soportar las cargas del matrimonio.

El problema relativo al consentimiento del marido, de las enajenaciones que de la dote haga la mujer - (1361) ss estudia en el capítulo relativo a la mujer.

3) Administración en cuanto a los bienes gananciales.

I) En cuanto a la administración (artículo 1412).

Existe la dificultad de precisas el concepto de administración, y de deslindarlo del de disposición.

El marido tiene después de la Reforma de 1975 - iguales facultades en orden a la administración de gananciales que las que tenía antes de dicha Reforma, lo cual ha producido una falta de armonía con el sentido de la Reforma de conceder plena capacidad a la mujer casada y de equipararla al marido.- No hay tal equiparación dentro de la sociedad de gananciales sino que el gobierno y administración de los bienes gananciales sigue encomendada al marido.

El problema es de gran importancia y dificultad.

Para la equiparación total de marido y mujer -- dentro del régimen de gananciales, sería preciso -- que se estableciera una administración conjunta, -- lo que entrañaría, en algunos casos, muchos retrasos en el tráfico jurídico.

Para evitar ésto habría que ir a la administración mancomunada pero señalando una serie de excepciones para las que baste el consentimiento de uno solo de los cónyuges ; lo que hace desmerecer mucho el principio de la administración mancomunada.

De no admitirse la administración conjunta habría que ir al régimen de separación. Sistema que concede a cada cónyuge la libertad e independencia

en el manejo de sus bienes, por lo que hay equiparación entre marido y mujer. Sistema que además tiene la ventaja de que si el matrimonio está bien avenido, los cónyuges irán distribuyendo durante el matrimonio, las ganancias de modo equitativo, es decir practicarán la distribución por mitad y si el matrimonio está mal avenido, cada cónyuge tendrá ya la libertad deseada en orden a sus bienes.

Pero el régimen de separación tiene un grave inconveniente, en los casos en que el matrimonio no esté bien avenido, o cuando haya falta de previsión ; el cónyuge dedicado al hogar, y que no puede dada su situación obtener unos ingresos iguales a los del otro cónyuge, queda en situación de desventaja.

Tal vez se pudiera encontrar una solución en el llamado régimen de participación : consiste éste en que durante el matrimonio los cónyuges actúan libremente, cada uno en los bienes a su nombre como si existiera régimen de separación de bienes ; pero al disolverse el matrimonio cada uno de ellos tiene derecho a percibir la mitad de las ganancias del otro.

II) En cuanto a la disposición : Art. 1413 (Reformado por la ley de 24 de abril de 1958). Exige este artículo precisar el concepto de acto de disposición y estudiar si la frase "acto de disposición" tiene un sentido único o dispar en los tres párrafos del mismo artículo.

Algún sector de la doctrina considera que, por vía de interpretación, hay que salvar la letra del precepto, en el sentido de que aunque el Código civil diga "disposición", cualquier acto del marido, aún de administración, se entienda incluido en el artículo, porque si no la mujer estaría indefensa frente a los actos del marido que no excediesen de la mera administración, aunque entrañasen grave riesgo para la sociedad de gananciales. Pero tal vez no sea esa la postura adecuada y hay que entender que el párrafo segundo del artículo 1413 no cabe incluir los actos de administración desacertada.

A) Disposición de bienes muebles.

a) Disposición a título gratuito.

La regla general es que el marido no puede disponer por sí solo a título gratuito, (salvo las ex

cepciones del párrafo 1 y 2 del artículo 1415). -
 Luego marido y mujer codisponen. No es un mero -
 asentimiento de la mujer, sino un consentimiento-
 negocial de ésta al acto jurídico.

En cuanto al valor de los actos del marido rea-
 lizados sin el consentimiento de su mujer. La opi-
 nión común considera que tales donaciones pueden-
 ser impugnadas por la mujer sin esperar a la diso-
 lución o liquidación de la sociedad, y solo en el
 caso de que no se ^{/se impugnen/} impugnen, o/sin éxito, es cuan-
 do se traería a colación su importe, conforme al-
 artículo 1419 nº 2. No hay acuerdo en la clase de
 impugnación. Parece defendible la opinión de que-
 la donación no es plenamente nula, sino solamente
 ineficáz frente a la mujer ; una ineficacia rela-
 tiva sin plazo de caducidad.

Excepciones a la regla general.

- Para dar colocación o carrera a los hijos co-
 munes (1415 nº 1 en relación con el 1409).

- Para hacer donaciones moderadas para objetos
 de piedad o beneficencia.

El Código civil no especifica con qué clase de

bienes se va a efectuar estas donaciones. Pero si ponemos estos artículos en relación con el 1413 nº 1, creo, que el marido solo podrá disponer en estos supuestos de bienes muebles.

El Código civil sólo habla de moderación en el supuesto del artículo 1415, II, pero no en el del 1409. Si la mujer quiere evitar donaciones cuantiosas y desproporcionadas a su fortuna aunque ordenadas a los fines del 1409, tal vez pudiera acogerse al artículo 1413 nº 2. Al artículo 1413 nº 3 se acogería en el caso de que lo que quisiera la mujer -- fuera impugnar gastos muy cuantiosos realizados por el marido en este campo.

b) Disposición de bienes muebles a título oneroso.

El marido puede disponer, en general, de los bienes muebles del consorcio a título oneroso : títulos, valores, dinero, joyas, etc..

Para evitar la desviación de poder del marido en la disposición de estos bienes, existe la norma del párrafo segundo del artículo 1413. Será el Juez el llamado adoptar las medidas de aseguramiento oportu

mas, a petición fundada de la mujer.

Estas medidas de aseguramiento quedan al arbitrio del Juez, el cual no podrá decretar la separación de bienes.

B) Disposición sobre inmuebles y establecimientos mercantiles.

a) Disposición a título gratuito.

Del artículo 1413 nº 1 resulta que el marido no puede disponer por sí solo, y esta regla no tiene excepciones. La disposición precisa de la voluntad negocial del marido y de la mujer : codisponen.

Al igual que en materia de muebles no se aplican los artículos 65 y 1301, en caso de falta de consentimiento de la mujer, sino que existe una nulidad relativa frente a la mujer, y la posibilidad de impugnación por ésta sin sujeción a plazo.

b) Disposición a título oneroso.

Después de la reforma sufrida por el artículo -- 1413 en el año 1958, el marido para disponer de inmuebles y establecimientos mercantiles a título oneroso precisa el consentimiento de su mujer, o en su-

defecto autorización judicial.

En el texto precisamos tanto qué se entiende - por inmuebles y establecimientos mercantiles, como qué actos necesitan del consentimiento de la - mujer, problema éste último estudiado exhaustivamente por Cámara en "El nuevo artículo 1413 del - Código civil".

La naturaleza del consentimiento de la mujer - dividió a la doctrina. Mientras para parte de -- ella éste consentimiento uxorio no tiene igual -- rango que el del varón, la mujer asiente ; para - otra parte de la doctrina el consentimiento uxorio es un elementos constitutivo necesario para - la validez del acto de disposición, la mujer co-- dispone.

En el primer caso la consecuencia de la falta- de consentimiento sería la anulabilidad ; en el - segundo la nulidad plena. La Jurisprudencia se inclinó por la anulabilidad, y la Reforma de 1975 - consagra esa misma solución en el artículo 65.

Los caracteres de este consentimiento son los-

de renunciabilidad ; delegabilidad ; condicionabilidad y revocabilidad.

En cuanto a la capacidad, si la mujer es menor de edad emancipada por matrimonio, considero que - si es mayor de dieciocho años, puede por sí sola - prestar el consentimiento al acto dispositivo de - su marido, sin precisar de la autorización de su - padre, madre o tutor. Pero no es ésta la opinión - que toda la doctrina admite.

Respecto a la forma, puede darse de una manera - general ; expresa y tácita (aunque, en principio a efectos prácticos Notario y Registrador, solo admitirán la expresa) ; anterior (revocable), simultánea y posterior al acto (irrevocable).

Validez de los actos realizados por el marido - sin consentimiento de su esposa.

Son actos viciados de nulidad relativa o anulabilidad, produciendo por tanto efectos hasta que - la declaración de nulidad se produzca.

La mujer está legitimada para reaccionar contra

el acto de disposición de su marido realizado sin su consentimiento, ejercitando su acción contra - el marido o sus herederos, o contra el adquiren--te (si no está protegido por la fé pública registral), a no ser que prefiera la mujer convalidarlo mediante su consentimiento posterior.

La mujer puede llegado el momento de la liquidación de la sociedad conyugal, colacionar el importe de la enajenación ilegal, según el artículo - 1419.

Ni el marido, ni el tercero pueden ejercitar - la acción de nulidad, ni negarse al cumplimiento del contrato por falta de consentimiento uxorio.

Después de la reforma de 1975, a estos actos - se les aplica los artículos 65 y 1301.

Sobre la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad los actos dispositivos otorgados por el marido sin consentimiento de su esposa la doctrina más abundante entiende que no es posible, pues no hay similitud con los casos de actos otorgados por la mujer sin licencia cuando era necesaria ; y así lo resolvió la Dirección de los - Registros en Resolución de 15 de Marzo de 1972.

C) Actos de disposición en contravención del Código o en fraude de la mujer.

El marido a tenor del artículo 1413 párrafo tres ve limitadas sus facultades dispositivas en cuanto que no puede disponer de bienes gananciales, en contravención del Código o en fraude de su mujer.

Si bien -- algunos autores consideran que éste -- párrafo se refiere tanto a actos de disposición como de administración, algún otro autor manifiesta -- que solo tiene aplicación a los actos de disposición.

La finalidad de este párrafo del artículo 1413 -- es proteger a la mujer de los actos del marido, sobre gananciales que estén ya efectuados en determinadas condiciones perjudiciales para ella.

El precepto permite reaccionar a la mujer en dos supuestos :

a) Actos realizados en contravención del Código civil o actos ilegales.

La doctrina actual mantiene dos posiciones :

- Posición restringida : son actos de contravención del Código civil o actos ilegales : los que estén realizados con infracción a una disposición ex-

presa del Código civil, y son : las donaciones no - permitidas y los actos de disposición sobre inmuebles y establecimientos mercantiles sin consentimiento de la mujer o autorización judicial.

- Posición amplia : comprende toda actuación que se aparte de los cauces por los que discurre la autoridad marital.

Creo preferible la primera postura, porque si -- aceptamos la segunda traeríamos a colación una serie de actuaciones que pertenecen a otro ámbito : - el de actos que entrañen grave riesgo para la sociedad de gananciales, o el de actos específicamente - fraudulentos.

Las acciones de la mujer para defenderse son distintas : si se trata de donaciones no permitidas podrá la mujer o bien impugnarlas durante el matrimonio por la vía de una nulidad relativa, o bien a la disolución del matrimonio practicar la imputación--colación del artículo 1419.

Si se trata de una disposición onerosa realizada sin consentimiento uxorio estamos en el apartado anterior sobre la validez de los actos realizados por el marido sin consentimiento de su mujer, y a él me

remito.

b) Actos realizados en fraude de la mujer.

También aquí hay dos posiciones.

- Posición restringida : cuando el acto realizado por el marido, aunque aparentemente sea legal, lo ha efectuado con intención de perjudicar a su esposa.

- Posición amplia : No es necesario, según estos autores, el ánimo de perjudicar a la mujer, sino -- que basta el ánimo del marido de obtener un beneficio propio o ajeno.

Distingue a su vez la doctrina entre : el fraude directo, que comprendería los actos simulados y -- aquellos realizados por el marido con manifiesto -- abuso de poder ; y el fraude indirecto, en el cual no se busca directamente el fraude, pero el acto se ha otorgado para facilitar u ocultar el fraude.

Los remedios de la mujer para deshacer el fraude y no resultar perjudicada, son desde luego : En la liquidación de la sociedad de gananciales, ser compensada según el artículo 1419, párrafo segundo ; - y puede también impugnarlo.

Si se trata de fraude directo : puede impugnarlos ejercitando la acción de nulidad constante el matrimonio. El plazo será el del artículo 1301.

Si se trata de fraude indirecto : Por el contrario parece que no son impugnables en general. Para impugnarlos tal vez habría que asimilarlos a los supuestos de rescisión.

La Reforma de 1975 no ha significado variación en las materias tratadas en este capítulo. Sigue el marido siendo quien gobierna y administra la sociedad de gananciales. Mientras en el régimen de gananciales la administración y disposición correspondan al marido, la situación de equiparación de la mujer dentro de éste régimen es prácticamente ilusoria. Se impone llevar adelante la reforma legislativa y modificar las normas relativas al gobierno, administración y disposición de los bienes gananciales.

No parece justo que, al marido se le den en todo caso, siempre, los frutos de los parafernales, en cuanto que son gananciales, muy bien mientras hay cargas en el matrimonio, pero como algún autor dice (Lacruz-Albaladejo) tal vez tuviera que negárselos -

cuando no existen cargas por cualquier circunstancia.

CAPITULO QUINTO

Los efectos derivados del matrimonio que afectan a la mujer aparte del ampliatorio de la emancipación, pueden ser calificados como de restrictivos a su capacidad de obrar.

1) Relativos a la nacionalidad y a la vecindad civil de la mujer casada.

A) La reforma ha significado la supresión del principio de la unidad de la familia en orden a la nacionalidad.

De la nueva redacción dada a los artículos 21 y 23 del Código civil resulta que en orden a la nacionalidad se ha roto el principio de unidad de la familia : ya --- no es preciso que ambos cónyuges tengan igual nacionalidad.

Para la pérdida de la nacionalidad española es preciso que al matrimonio se una la voluntad del cónyuge de perder la nacionalidad española. No se exi-

gen pues los requisitos establecidos en el artículo 22.

El cambio de nacionalidad de un cónyuge no afecta a la nacionalidad del otro cónyuge.

La mujer casada puede cambiar de nacionalidad -- sin necesitar el consentimiento de su marido.

B) La reforma en cambio mantiene el principio de la unidad de la familia en orden a la vecindad civil.

Según el artículo 14 del Código civil la mujer - casada seguirá la condición de su marido.

Disuelto el matrimonio parece que la opinión doctrinal dominante es que la viuda podrá recuperar su vecindad civil previa al matrimonio ; bastará su declaración ante el encargado del Registro.

^{la/}
A) extranjera que se casa con español aforado para adquirir la vecindad civil de éste parece que no debe aplicarse el artículo 15 del Código civil que exige un periodo de residencia, sino el artículo 14 nº 4 que especifica que seguirá la condición de su marido, sin necesitar residir previamente en el territorio foral.

En algunos casos especiales como por ejemplo, en

el caso de incapacidad del marido, estimo que la mujer que cumple los requisitos exigidos (art. 14) podrá adquirir una nueva vecindad civil.

2) Efectos relativos a las facultades de la mujer en cuanto a sus bienes propios.

Pese a que por la Reforma de 1975 ha desaparecido la necesidad de la licencia marital, y ha mejorado con ello la situación de la mujer, ésta sigue sufriendo ciertas restricciones, que ^{no/} si/son técnicamente de capacidad, lo son de su poder de disposición.

A) En cuanto a los bienes parafernales.

La mujer los administra, si quiere libremente. - Pero si lo prefiere puede entregar la administración a su marido, bien en escritura pública, o bien por medio de un mandato.

De cualquier modo puede recuperar la administración de sus bienes entregada al marido.

Respecto a los frutos, la mujer entregará al marido solamente los resultados líquidos que son gananciales. Pero hasta ese momento la mujer adminis-

tra con plena libertad.

En orden a la disposición, la mujer después de 1975 puede disponer por sí sola de sus bienes parafernales sin precisar licencia marital. Puede enajenar libremente, pero está obligada a entregar los frutos, que son gananciales.

Consecuencia de esa libre enajenación por parte de la mujer es que el gobierno de la sociedad de gananciales que corresponde al marido queda un poco en entredicho. Puede ver desaparecer los ingresos de los parafernales con que contaba si la mujer los ha enajenado.

B) En cuanto a los bienes dotales inestimados. - La mujer carece de facultad de administración, que corresponde al marido.

Y ve limitada su facultad de disposición en cuanto que el artículo 1361 exige para ello "consentimiento" de su marido. No es una nudo propietaria normal, pues ve limitada su capacidad en orden al poder dispositivo.

Problemas que puede plantear el nuevo art. 1361 del Código civil.

- Capacidad :

La mujer menor emancipada por matrimonio para disponer de los bienes de la dote inestimada necesitará además del consentimiento de su marido --- (1361), el de su padre, madre o tutor (61 C.c.), - pero solo en el caso de que se trate de bienes inmuebles. Si se tratara de la enajenación de bienes muebles bastaría con el consentimiento de su marido, sin precisar el de su padre, madre o tutor.

Si fuere el marido menor de edad, parece que para dar su consentimiento a la enajenación de inmuebles por parte de su mujer (1361) precisará él a su vez el consentimiento de su padre, madre o tutor, porque el marido enajena derechos propios.

Clase de bienes.

El artículo 1361 se refiere tanto a bienes muebles como a inmuebles.

El artículo 1359 da unas normas especiales en cuanto a determinadas clases de bienes muebles ; - en él se advierte que no es la mujer la que enajena con consentimiento de su marido, sino precisamente al revés : el marido, con consentimiento de su mujer.

- El consentimiento del marido.

Aunque algún autor, a la falta de consentimiento del marido aplica la doctrina del artículo 65 del C.c. creo que en este supuesto no es aplicable el art. 65, pues nos encontramos ante un caso de codisposición.

3) Efectos relativos a las facultades de la mujer en cuanto a los bienes gananciales.

La Reforma no ha llegado a elevar a la mujer a la condición de coadministradora, y mucho menos administradora de la sociedad legal de gananciales.

Pero como en algunos casos puede administrar la sociedad de gananciales, divido el tema en dos grandes apartados, para situaciones normales y anormales.

3,1) Facultades de la mujer respecto a los bienes gananciales en situaciones normales del matrimonio.

En estos casos, por el art. 1412, el marido es el administrador.

Pero esta regla no es tan absoluta, y la mujer --

tiene una serie de posibilidades de actuación respecto a los bienes gananciales, en orden a su administración, a creación de obligaciones, a disposición y a adquisición.

3,1,1) Actos de administración.

El marido es el administrador de la sociedad legal de gananciales (1412). Pero esta regla general en sí misma no es absoluta. El marido no es administrador "exclusivo" como decía el Proyecto de 1851; y puesto ésto en conexión con el art. 1316 que prohibía estipular nada que fuera depresivo para la autoridad que a cada cónyuge le correspondía en el matrimonio, y como las capitulaciones matrimoniales - según el art. 1315 solo podían tener ámbito patrimonial, puede llegarse a decir que en el ámbito patrimonial según el Código, también la mujer tenía y tiene una autoridad.

Si de este enunciado general, pasamos al detalle, podemos encontrar algunos casos en los que, según la Ley y en situaciones normales del matrimonio la mujer administra bienes gananciales.

a) La administración de los frutos de los parafernales no entregados.

Los frutos parafernales son gananciales. La mujer los administra. Solo entrega al marido los productos líquidos. Luego está la mujer administrando bienes gananciales.

Para negar que la mujer administre bienes gananciales, sería preciso distinguir entre un concepto jurídico y un concepto económico de fruto.

Creo que solo hay un concepto de fruto : el jurídico.

Si los terceros acreedores de la sociedad de gananciales reclamaran, reclamarían sobre todos los frutos, aún antes de las deducciones.

La mujer entrará en concurrencia con los acreedores para cobrarse los gastos ocasionados por los frutos.

La mujer casada, conforme al artículo 1384, administra algunos gananciales.

Esto está reforzado por los artículos 1385 y 1386. La mujer solo debe entregar los frutos, en el caso de que el marido tenga cargas familiares que levantar, en otro caso no. Luego si no hay cargas no hay-

entrega de frutos, y la mujer sigue administrando - bienes gananciales.

b) El ejercicio de una profesión.

Según el artículo 1401 nº 2 los rendimientos del trabajo son bienes gananciales. Pero el trabajo en sí es bien privativo.

Luego la mujer casada administra aquí también - bienes gananciales, al adquirir bienes con su trabajo, y sólo entregará al marido los rendimientos líquidos si es que hubiera cargas que levantar a su - costa, y en cuanto a las cargas lo exijan, no en - cuanto al exceso.

c) La mujer socio de una sociedad mercantil.

Si con dinero ganancial se compran acciones a -- nombre de la mujer, -----, la mujer es el socio- de esa sociedad, asiste a Juntas, ejerce derechos sociales, en una palabra administra bienes gananciales.

Podría verse en este caso una autorización del - marido a que ejerza la cualidad de socio, ya que le dió autorización para comprar a su nombre acciones. Pero el resultado es lo mismo : la mujer administra

bienes gananciales.

d) La mujer casada cooperativista.

Ley de 19 diciembre 1974, artículo 8 b), faculta a la mujer para administrar su cuota en la cooperativa, cuando esté a su nombre, aunque se haya adquirido con bienes gananciales, sin necesitar el consentimiento de su marido.

3,1,2) Actos de obligación (1.415 C.c.)

Sobre si la mujer puede obligar los bienes de la sociedad de gananciales. Tres son las posturas adoptadas :

A) El consentimiento del marido es necesario para la validez del acto.

Los autores que mantienen esta postura consideran que la falta de consentimiento del marido produce la nulidad de pleno derecho del acto.

B) El consentimiento del marido es necesario para la validez del acto o contrato obligatorio, pero su falta no produce la nulidad, sino solo la anulabili

dad.

Los autores que sostienen esta postura enlazan el artículo 1416 con el nuevo artículo 65.

C) El consentimiento no es necesario para la validez del acto o contrato, obligacional. Solamente lo será para que la responsabilidad del mismo pueda recaer sobre bienes gananciales.

Los argumentos aducidos por los autores que mantienen esta postura son los siguientes :

- La plena capacidad de la mujer casada, después de la Reforma de 1975.

- La Reforma de 1975 ha suprimido el nº 3 del artículo 1263.

Los contratos celebrados por la mujer, sin consentimiento del marido son contratos válidos, que el marido no puede impugnar.

Solo es preciso el consentimiento del marido para que resulten responsables de los actos de la mujer los bienes de la sociedad de gananciales.

Esta es la teoría aceptada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en las resolu-

ciones de 8 febrero 1977, 11 febrero 1977 y 26 febrero 1977.

De los actos válidos de la mujer, faltos del -- consentimiento de su marido y por tanto siendo -- irresponsable la sociedad de gananciales, responde rán : los bienes propios de la mujer ; y el propio bien a que se refiere el contrato si se trata de - un acto de adquisición.

Pero hay unas excepciones a esta falta de responsabilidad de los gananciales. Excepciones que se deducen de los artículos 1408, 1410 y 1411.

Artículo 1408 n.ºs. 2 y 3. De los gastos de reparación y conservación de los bienes parafernales -- responderá la sociedad de gananciales.

Artículo 1410. Son de cargo de la sociedad de gananciales las deudas contraídas por la mujer antes del matrimonio y las multas y condenas... Debería aplicarse este artículo 1410 a cualesquiera deudas distintas de las señaladas en el artículo 1408, porque si las deudas más ajenas a la comunidad como - las antematrimoniales y las delictuales pueden subsidiariamente hacerse efectivas sobre los bienes co

munes ¿cuales podemos excluir?.

Se plantea el tema de la terceria de dominio entablada por la mujer en defensa de los bienes gananciales. El Tribunal Supremo la rechaza si la mujer lo que pretende es reivindicar para sí la mitad de los gananciales; en opinión de algún autor puede -- triunfar la tercería si se alega, que ciertos bienes gananciales no respondan de ciertas deudas, por ser necesarios esos bienes a los fines del matrimonio.

Sería deseable que la tercería en favor de la mujer se admitiese en los términos amplios al objeto de permitir a ésta mantener la integridad del patrimonio ganancial frente a reclamaciones que no sean de verdadera justicia.

Artículo 1411.

La mujer hoy, después de la Reforma de 1975, puede contratar y obligarse por razón del juego. De esas obligaciones responderá la sociedad de gananciales según el artículo 1411.

Paradoja: si la mujer juega, en los no prohibidos, compromete a la sociedad de gananciales ; si la mujer contrata, fuera de juego, sobre algo relativo a sus bienes propios, no responde la sociedad-

de gananciales.

Parece justo que si lo ganado en juego es ganancial, también sea de cargo de la sociedad de gananciales lo perdido y pagado en juego por cualquiera de los cónyuges. Pero las deudas provenientes del juego no pagadas, no deberían cargar sobre la sociedad de gananciales. Esa solución limitaría el riesgo del patrimonio ganancial.

3.1.3) Actos de disposición.

A) A título gratuito.

Como regla general, codispone con el marido. Pero no se dan en su favor las excepciones que el Código concede al marido en los párrafos 1 y 2 del artículo 1415.

B) A título oneroso.

a) Disposición de inmuebles.

La mujer consiente la disposición hecha por su marido de bienes inmuebles.

Por aplicación del tracto sucesivo del Registro de la Propiedad, si la mujer es la titular del inmueble inscrito, ella es la que debe efectuar la --

disposición. Así lo recogió el Reglamento Hipotecario de 1946.

Cambia en el orden registral por el Reglamento Hipotecario de 1959, art. 95 nº 1 ; si no se justifica la procedencia del dinero se inscribirá a nombre de los dos cónyuges conjuntamente, sin atribución de cuotas y la para la sociedad conyugal. Luego en este caso tendrán que disponer los dos conjuntamente.

Pero continúa en el orden documental, porque ante Notario, la mujer titular, dispone con consentimiento de su marido.

b) Disposición de muebles.

Parte de la doctrina opina que en este caso la mujer está legitimada para disponer en base al artículo 464 del Código civil.

Pero conviene precisar esto, porque al hecho de la posesión hay que añadir la naturaleza de la cosa muebles.

Si se trata de establecimientos mercantiles, a efectos de disposición están equiparados a los inmuebles en el art. 1413. La posesión no legitima a

la mujer para disponer por sí sola.

Si se trata de títulos valores : aunque según - nuestra legislación actual sería preciso para su - enajenación el consentimiento del marido, en la -- práctica como las pólizas de compra hechas por los Agentes de Cambio y Bolsa no expresan el estado ci- vil de las personas, se realizan las transmisiones sin consentimiento del marido.

Para los demás muebles en general, y en espe--- cial para el dinero, las facultades dispositivas - de la mujer toman base firme en el artículo 464. - También se pueden invocar los artículos 1158 y 1160.

Solución aceptada por la Resolución de la Direc- ción General de los Registros y del Notariado de 8 de febrero 1977 ; "la mujer tiene la libre disposi- ción del dinero", la Dirección en el mismo conside- rando deja "a salvo las posibles repercusiones que- entre marido y mujer pueda tener la extralimitación de ésta, la cual no afectaría a terceros de buena - fé".

3,1,4) Actos de adquisición.

A) Si la mujer casada puede o no efectuar adqui- siciones de caracter ganancial.

- Si consideramos que la compra es acto de disposición de dinero, la mujer puede disponer de dinero.

- Si consideramos que la compra es acto de administración, la mujer puede realizar una porción de actos que son actos de administración de bienes gananciales. No hay obstáculo claro a que^{no}/pueda realizar ese acto concreto.

- Si consideramos que uno u otro acto va a surgir a la vida jurídica como consecuencia de un contrato, y que desde luego la compraventa es un contrato, la mujer hoy puede contratar válidamente - sin necesitar el consentimiento de su marido.

De todo ello deducimos : que la mujer casada, - puede, hoy día, realizar los contratos jurídicos - de adquisición onerosa de bienes gananciales, y -- concretamente la compra de bienes.

Pero además la mujer es órgano de adquisición - de bienes gananciales a tenor del art. 1401 n.ºs, 1 y 2; del art. 1406 y del art. 1404 n.º 3.

Esta solución ha sido aceptada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus - tres resoluciones de 8, 11 y 26 de febrero de 1977:

la mujer casada, con dinero presuntivamente ganancial puede adquirir por sí sola bienes a título oneroso.

Las Resoluciones solo tratan de compras al contado, pero también son válidas las compras con precio aplazado, por los argumentos dados. El problema en las compras con precio aplazado podrá plantearse en cuanto al acto jurídico posterior de pago del precio, y a la responsabilidad que alcance a la sociedad de gananciales por la falta de pago, aspectos que veremos enseguida. Pero la compra en sí es perfectamente válida.

a) El pago del precio aplazado,

Del artículo 1416 deducimos que la compra, con precio aplazado, como ya hemos dicho es válida, pero para que responda del precio aplazado la sociedad de gananciales es preciso el consentimiento -- del marido.

- Si la mujer paga los plazos no hay problema, -- el vendedor resulta protegido por los arts. 1158 y 1160.

El problema está en el impago.

b) La responsabilidad de los gananciales por el precio pendiente de pago.

Los gananciales no responden sin el consentimiento del marido, por el artículo 1416.

Responde : la mujer con sus bienes privativos ; y la cosa comprada. La razón de que responda esta última puede ser varia, bien porque el vendedor se aseguró del precio pendiente de pago por medio de una hipoteca o una condición resolutoria ; bien -- porque el vendedor puede acogerse al artículo 1124 del Código civil ; bien aplicando la teoría del enriquecimiento injusto que se podría producir para la masa ganancial.

Según Cámara los demás bienes gananciales tambien pueden responder si se ha producido un enriquecimiento en la masa ganancial, pero previamente ha de hacerse excusión de los bienes de la mujer si es que existian.

Otros autores entienden que no responden los bienes gananciales a no ser aquéllos cuya administración tuviera la mujer. Solución que no comparto.

El consentimiento del marido puede ser expreso o tácito.

B) Naturaleza de la adquisición efectuada por la mujer.

Partimos de la base de que no se justifica que - el dinero sea privativo.

- Compras al contado : el bien comprado es ganancial conforme a los arts. 1401 nº 1 y 1407.

El Notario : autorizará el documento de compra - por la mujer casada sin consentimiento de su marido porque el contrato es válido.

El Registrador : deberá inscribir conforme al - art. 95 nº 1 del Reglamento Hipotecario. Así lo admiten las Resoluciones vistas.

- Compras con precio aplazado : solo nos ocupamos de la calificación inicial. No nos referimos al posible cambio de calificación como consecuencia de ser de distinta naturaleza el dinero empleado en -- los varios plazos.

Aplazamiento en parte : creo que habrá de calificarlo como ganancial, pues el dinero empleado en la parte pagada, es presúntivamente ganancial. Se inscribirá con tal carácter en el Registro de la Propiedad, al amparo del art. 95 nº 1 del Reglamento - Hipotecario.

Aplazamiento total del precio : dos soluciones:

Suspender la calificación del bien y su inscripción hasta que se produzca al menos el primer pago. Solución inaceptable.

Calificar el bien comprado de privativo, porque la deuda la sufre el patrimonio privativo. Respecto a la inscripción como privativo hay fuertes dudas - por falta de justificación de que el dinero sea privativo ; lo que hacen que rechace esta postura. Luego habría que inscribirlo como ganancial. Pero en todo caso la inscripción no altera el régimen de responsabilidad : del precio pendiente responde la mujer, a no ser que el marido consienta la compra y entonces responderá la masa ganancial.

C) Efectos que se producen por la adquisición en cuanto al patrimonio ganancial.

La mujer puede alterar el patrimonio ganancial ; y al igual que el marido unas veces lo hará con beneficio y otras con perjuicio.

Ya antes de la Reforma de 1975 podía alterarlo, - pues podía adquirir bienes (art. 1401) y podía vender sus bienes propios (art. 1387) ; lo que pasaba-

es que entonces existía el fuerte control de la licencia marital. Al desaparecer ésta el control del marido es más reducido. Solución que acepta la Resolución de 8 de febrero de 1977.

Problema que enlaza con el tema anterior de que la mujer puede hacer un mal negocio para la sociedad de gananciales es el de la aceptación de una herencia que tenga bienes de más o menos discutible valor, pero de escasas rentas y muchos gastos y conflictos. El problema no está en el pago de las deudas hereditarias de las que no responde la sociedad de gananciales, a menos que el marido consienta en ello, sino en el pago de los gastos posteriores (seguridad social, impuestos, reparaciones etc). Su estudio queda fuera de nuestro trabajo.

3,2) Facultades de la mujer respecto a los bienes gananciales en las situaciones anormales del matrimonio.

A) Transferencia voluntaria de la administración a la mujer.

Esta transferencia puede darse o en capitulacio-

nes matrimoniales antes de celebrado el matrimonio, o después de celebrado éste.

El marido por sí solo no podrá retirar esta administración conferida a la mujer. En la escritura se estipulará las restricciones que tengan por conveniente las partes, y si no, se aplicará la norma del 1412 y siguientes.

Entendemos la administración en sentido amplio, o sea gobierno, obligación, disposición y adquisición.

B) Transferencia legal de la administración a la mujer.

a) Transferencia por ministerio de la Ley. Ocurrirá en los casos de los artículos 1441, párrafo primero y 225 del Código civil.

En todos ellos la transferencia de la administración se produce de modo automático, sin precisar documento expreso que transfiera la administración a la mujer.

b) Casos en que se transfiere la administración a la mujer de los bienes del matrimonio por resolución judicial.

Se producirá en los casos de los artículos 1441 - párrafo segundo y 68 regla 4 del Código civil, pero mientras en este caso el Juez discrecionalmente acordará la transferencia, en el supuesto del 1441 solamente hace falta una resolución judicial que constate la situación de hecho, pero una vez dictada resolución judicial la transferencia no es discrecional.

Se concederá la administración a la mujer con -- iguales facultades y responsabilidades que al marido, según el artículo 1442. Administración, lo entendemos en sentido amplio ; se aplica aquí lo dicho ya respecto a las facultades del marido en relación a la masa común ; pero conviene hacer unas indicaciones respecto a los actos de disposición.

- Si la administración es transferida por el art. 1441, se aplica el art. 1444.

Se pueden plantear dudas respecto a si a la mujer le concede este art. la posibilidad de hacer donaciones y si se le aplican a la mujer los párrafos 2 y 3 del art. 1413.

- Si la administración es transferida por causa - del artículo 225 del Código civil.

Se plantea el problema de si la autorización judi-

cial se precisará solo cuando se enajenen inmuebles y establecimientos mercantiles, o también cuando se enajenen muebles.

- Si la administración se transfiere por causa - del artículo 68 regla 4ª del Código civil.

El problema respecto a la clase de bienes es el mismo que en el caso anterior, y la solución también es igual : la licencia judicial se precisará - para la enajenación de cualesquiera bienes, sean - muebles como inmuebles.

4) Breve indicación sobre la desaparecida licencia marital.

La licencia marital fué considerada como la mayor manifestación en el terreno jurídico de la autoridad del marido ; su razón de ser estaba en el matrimonio mismo, en la unidad de dirección de la familia. No, desde luego en una supuesta incapacidad de la mujer : las reglas de la licencia protegían al marido y sus herederos no completaban ninguna falta en la capacidad de la mujer. Destacada mención hay que hacer de la tesis brillantemente sostenida por Castro y Cámara de que el fundamento de la licencia estaba en la sociedad de gananciales, y hay que re-

conocer que en buena parte así era. La Reforma ha venido a dar oficialmente la razón a quienes no ponían el fundamento de la licencia en la sociedad de gananciales, ya que ha suprimido la licencia sin mo dificar el régimen de gananciales. Sin embargo a lo largo del trabajo se ve la dificultad que tiene hoy el marido en su gobierno de los gananciales al haber desaparecido el control que le suponía la licen cia.

Los actos realizados por la mujer sin licencia - de su marido cuando era necesaria, no eran nulos ; eran anulables, solamente impugnables por el marido y sus herederos, (artículo 65), el Notario podía au torizarlos y se podían inscribir en el Registro de la Propiedad, siempre haciéndose constar la falta - de dicha licencia.